Aufrechnung gegen eine rechtskräftig zugesprochene Forderung.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

FRITZ DAUB

Gerichtsreferendar
aus Gießen (Hessen).

MARBURG 1933

Dissertations-Verlag G. H. Nolte, Düsseldorf

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 25. September 1932.

Berichterstatter: Prof. Dr. Edmund Mezger.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

SCHRIFTTUM.

1. Abraham: Geltendmachung der Aufrechnung und anderer Eingriffsrechte in der Vollstreckungsinstanz. Berlin 1902.
2. Baumbach: Kommentar zur ZPO. 5. Aufl. Berlin 1930.
3. Dernburg: Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten in der DJZ. 1905 S. 465.
4. Eccius: Nachträgliche Bemerkungen über eventuelle Aufrechnung und Aufrechnung nach BGB., in Gruch.B. Bd. 42 S. 255.
5. Eck: Vorträge zum BGB. Bd. I S. 378. 1. bis 2. Aufl. Berlin 1904.
6. Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Recht der Schuldverhältnisse. 11. Bearb. Marburg 1930.
7. Fischer: Verfahren auf Vollstreckbarkeit. In der Z.Zpr. Bd. 43 S. 95.
8. Förster-Kann: Die ZPO. für das Deutsche Reich. 1. Aufl. 1912.
9. Förtsch: Die sogenannte eventuelle Aufrechnung nach dem Rechte des BGB. in Gruch.B. Bd. 42 S. 225 ff.
10. Gaupp-Stein: Kommentar zur ZPO. 2.—10. Aufl. Tübingen 1908.
11. Geib: Ueber die Behandlung der Kompensationseinrede in der Z.Zpr. Bd. 22 S. 527 ff.
12. Goldschmidt: Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb. Ein Beitrag zur Lehre von den Vollstreckungsgrundlagen. München 1910.
13. Hedemann: Das Recht auf Rückgabe eines Schuldscheins, in den Jahrbüchern für Dogm. Bd. 48 S. 78 ff.
14. Hellwig: Anspruch und Klagrecht. Jena 1900.
15. Hellwig-Oertmann: System des Deutschen Zivilprozeßrechts. II. Teil. Leipzig 1919.
16. Jacobi: Rechte des Zessionars auf die vollstreckbare Ausfertigung, in der Z.Zpr. Bd. 25 S. 472.
17. Jaeger: Kommentar zur Konkursordnung, 6. u. 7. Aufl. 1931.
18. Kohler: Aufrechnung im Prozesse in Z.Zpr. Bd. 20 S. 1 ff.
19. Kohler: Aufrechnung nach dem BGB., in der Z.Zpr. Bd. 24 S. 1 ff.
20. Kohler: Prozeßhandlungen mit Zivilrechtswirkung, in der Z.Zpr. Bd. 29 S. 1 ff.
21. Fr. Leonhard: Allgemeines Schuldrecht des BGB. München-Leipzig 1929.
22. Fr. Leonhard: Die Aufrechnung. Göttingen 1899.
23. Lang: Aufrechnungsrecht. Berlin 1906.
24. Lippmann: Zur Lehre von der Kompensation, in den Jahrb. für. Dogm. Bd. 32 S. 233 ff.
25. Motive und Protokolle zum BGB. (Amtliche Ausgabe). Berlin-Leipzig 1877/1899.
26. Oertmann: Kommentar zum BGB. Recht der Schuldverhältnisse. 5. Aufl. 1929.
27. Oertmann: Die Aufrechnung im Deutschen Zivilprozeßrecht. Berl. 1916.
28. Oertmann: Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten, im Arch. für bürgerl. Recht. Bd. 42 S. 1 ff.
29. Oertmann: Unterlassungsansprüche aus unerlaubten Handlungen, in der DJZ. 1904 S. 416 ff.
30. Peters: Die Anbringung des Antrags auf vorläufige Einstellung der Zwangsvollstreckung, in Gruch.B. Bd. 49 S. 356.
31. Pagenstecher: Die materiellen Wirkungen der Rechtskraft. Berlin 1908.

32. Petersen-Anger: Die ZPO. für das Deutsche Reich. 6. Aufl. Lahr 1912.
33. Planck: Kommentar zum BGB. Recht der Schuldverhältnisse. 4. Aufl. Berlin 1914.
34. Reichel: Rechtskraft und ungerechtfertigte Bereicherung, in der Festschrift für Wach. Bd. 3 S. 36.
35. Reese: Die Möglichkeit eines Arrests bei Aufrechnung nach Rechtskraft. In der DJZ. 1902, S. 459.
36. Reichsgerichtsrätekommentar. 7. Aufl. Leipzig 1929.
37. Roquette: Vollstreckungsverträge, in der Z.Zpr. Bd. 49 S. 175.
38. Rosenberg: Lehrbuch des Deutsch. Zivilprozeßrechts. 3. Aufl. Berl. 1931.
39. Schmidt: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. Leipzig 1910.
40. Seckel: Die Gestaltungsrechte im BGB., in der Festschrift für Koch. S. 233 ff. Berlin 1903.
41. v. Seuffert: Kommentar zur ZPO. 11. Aufl. München 1911.
42. Siber: Kompensation und Aufrechnung. Leipzig 1899.
43. Staudinger: Kommentar zum BGB. Recht der Schuldverhältnisse. 9.Aufl. 1926.
44. Stein-Jonas: Kommentar zur ZPO. 14. Aufl. Tübingen 1929.
45. Stölzel: Aufrechnung in der Berufungsinstanz. Berlin 1915.
46. v. Tuhr: Allgemeiner Teil des Deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I. München und Leipzig 1914.
47. Voss: Die materiellen Gegensätze zwischen den einstweiligen Anordnungen und den einstweiligen Verfügungen in der ZPO. Im Arch. für ziv. Prax. Bd. 71 S. 237.
48. Weigelin: Recht zur Aufrechnung. Berlin 1904.
49. Weismann: Die Aufrechnung nach dem BGB., in der Z.Zpr. Bd. 26 S. 24.
50. Wolff: Der Ersatzanspruch wegen der Vollziehung eines unrechtmäßigen Arrestbefehls oder einer unrechtmäßigen Zwangsvollstreckung. In Gruch. Bd. 38 S. 317 ff.

Abkürzungen:

Arch.ziv.Prax.	=	Archiv für zivilistische Praxis.
Gruch.	=	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot.
JW.	=	Juristische Wochenschrift.
LZ.	=	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht.
DJZ.	=	Deutsche Juristenzeitung.
RGZ.	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RGS.	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
Rspr.	=	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
Z.Zpr.	=	Zeitschrift für den deutschen Zivilprozeß.

INHALTS-VERZEICHNIS.

Seite

A. Einleitung.

§ 1. Ist eine Aufrechnung gegen eine rechtskräftig zugesprochene Forderung noch möglich oder steht eine solche in Widerspruch mit der Rechtskraft der Entscheidung? 1

B. Hauptteil. Wie kann sich der Vollstreckungsschuldner nach Tilgung der Urteilsforderung durch Aufrechnung gegen die Zwangsvollstreckung des Gläubigers aus dem Titel schützen?

§ 2. Hat der Vollstreckungsschuldner die Möglichkeit, Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 ZPO. zu erheben? 5

§ 3. Gegen die Zulässigkeit einer Vollstreckungsgegenklage führt die herrschende Lehre an:

1. den Wortlaut des § 767 Abs. 2 ZPO. 9
2. die geschichtliche Entwicklung der Möglichkeit einer Aufrechnung in der Vollstreckungsinstanz 10
3. die Notwendigkeit, die Ausübung von Gestaltungsrechten nach rechtskräftiger Entscheidung eines Rechtsstreits auszuschließen 11
4. die Beratungen der zweiten Kommission in den Protokollen zum BGB. Bd. I S. 1414 f. 13
5. das Wesen der Aufrechnung als Einrede im Prozeß (Hellwig) . 14
6. die rechtspolitische Notwendigkeit, Prozeßverschleppungen durch willkürlich verzögerte Geltendmachung der Aufrechnung zu verhindern 15
7. den Sinn der Vorschrift des § 529 Abs. 5 ZPO. 16

§ 4. Die bedenklichen praktischen Ergebnisse bei Unzulässigkeit einer Vollstreckungsgegenklage auf Grund einer Aufrechnung nach Rechtskraft 17

§ 5. Für die Möglichkeit der Stützung einer Vollstreckungsgegenklage auf eine in der Vollstreckungsinstanz vollzogene Aufrechnung sprechen:

1. der Wortlaut des § 767 Abs. 2 ZPO. 20
2. das Fehlen einer Prozeßverschleppungsabsicht im Regelfall infolge der Pflicht zur Zahlung der Kosten des Hauptprozesses, der Umständlichkeit der Vollstreckungsgegenklage und der eventuellen Annahme eines Verzichts auf das Gestaltungsrecht 21
3. die Unmöglichkeit einer Prozeßverschleppung bei Entscheidungsreife der Gegenforderung und die Unanwendbarkeit des § 529 Abs. 5 ZPO. in diesem Falle 23

§ 6. Rechtsbehelfe des Vollstreckungsschuldners zwecks Abwendung der Vollstreckung bei Unzulässigkeit der Klage aus § 767 ZPO.

1. Klage auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung des Urteils. (§ 371 BGB.) 26
2. Klage auf Feststellung des Nichtbestehens der zu vollstreckenden Forderung (§ 256 ZPO) 29

§ 7. Einstweilige und schleunige Rechtsbehelfe des Vollstreckungsschuldners zur Einstellung oder Abwendung von Vollstreckungsmaßnahmen aus dem Titel:
1. einstweilige Anordnung der Einstellung 30
2. einstweilige Verfügung auf Einstellung 30
3. Arrestpfändung der eigenen Schuld bei Nichtvollzug der Aufrechnung 33
4. Einstellung gemäß § 775 Ziff. 4 ZPO. 33

§ 8. Rechtsbehelfe des Vollstreckungsschuldners bei Durchführung der Zwangsvollstreckung trotz vollzogener Tilgung der Urteilsforderung durch Aufrechnungserklärung:
1. Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812, 819 BGB.) 35
2. Klage aus unerlaubter Handlung (§ 826 BGB.) 36
3. Vorbeugende Unterlassungsklage aus § 826 BGB. bei Beginn der Zwangsvollstreckung 40

C. Schluß.

§ 9. Zusammenfassung der Gründe, welche die Zulassung der Vollstrekkungsgegenklage auf Grund nach Rechtskraft vollzogener Aufrechnung notwendig erfordern 41

EINLEITUNG.

§ 1. Ist eine Aufrechnung gegen eine rechtskräftig zuerkannte Forderung noch möglich, oder steht eine solche in Widerspruch mit der Rechtskraft der Entscheidung?

Hat ein Gläubiger ein rechtskräftiges Urteil gegen seinen Schuldner erstritten, so steht ihm als der obsiegenden Partei gegen den Staat ein Anspruch auf Vollstreckung dieses Urteils zu. Voraussetzung für diesen prozessualen Vollstreckungsanspruch, der ein Gegenstück zum Rechtsschutzanspruch darstellt, ist, daß sich das Urteil auf Leistung richtet, und insofern zur Vollstreckung eignet. Es ist dann lediglich Sache des Gläubigers, dem Schuldner eine Ausfertigung des Urteils zuzustellen, und sich selbst eine mit Vollstreckungsklausel versehene Ausfertigung des Schuldtitels erteilen zu lassen.

Unsere Aufgabe wird es sein, die Rechtslage in dem Falle zu prüfen, wo der Schuldner nach Rechtskraft des, seine Leistungspflicht festsetzenden Erkenntnisses mit einer gleichartigen, fälligen, gegen den obsiegenden Gläubiger gerichteten Forderung aufrechnet, und so die Urteilsschuld zum Erlöschen bringt.

Es taucht hier sogleich die Frage auf, ob eine Aufrechnung in diesem Zeitpunkt überhaupt noch möglich ist, ob nicht durch die Festsetzung im Urteil der Anspruch des Gläubigers dem Bereich der privaten rechtsgeschäftlichen Verfügungsbefugnis entzogen ist.

Nach unserem geltenden Privatrecht ist zwar grundsätzlich den Parteien die Entscheidung darüber überlassen, ob das Gegenübertreten zweier gleichartiger, fälliger, gegenseitiger Forderungen, das die Möglichkeit einer Aufrechnung schafft, zur gegenseitigen Erfüllung führen soll oder nicht. Die Ausübung des Rechts, durch einseitige Willenserklärung die Tilgung der Forderungen herbeizuführen, ist keiner Zeitschranke unterworfen. Sind die Voraussetzungen der Aufrechnung einmal gegeben, so hat jede Partei ein unentziehbares Recht, die Aufrechnung zu erklären. Die Ausübung dieser Befugnis wird selbst durch den Ablauf der Verjährungsfrist gemäß § 390 BGB. nicht beeinträchtigt. Damit ist allerdings noch nicht entschieden, ob die scheinbar unbegrenzte Freiheit der Parteidisposition nicht gleichwohl Beschränkungen unterliegt, vor allem, ob nicht das Prinzip der Rechtskraft maßgebenden Einfluß auf den Umfang der privaten Verfügungsmacht äußert. Besteht eine Pflicht des Beklagten oder des Klägers, vor dem Erlaß des Urteils einzugreifen, falls er nicht mit seinem Aufrechnungsrecht ausgeschlossen werden will? Muß der Aufrechnungsberechtigte zur Wahrung seiner Rechte vor der Fällung einer Entscheidung im Rechtsstreit eingreifen?

Das hängt alles davon ab, welchen Sinn und welche Bedeutung die Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung hat.

Durch die Schaffung des Instituts der Rechtskraft will der Staat die endgültige Festsetzung eines bisher ungewissen Rechtszustandes erreichen. Die Entscheidung, welche die staatlichen Gerichte über den eingeklagten Anspruch getroffen haben, ist zur Zeit des Richterspruches Recht, und soll es, was die Rechtslage in diesem Zeitpunkt betrifft, bleiben. Ist es mit diesem Grundsatz vereinbar, daß einem Einzelnen die Möglichkeit gegeben wird, nachträglich aufzurechnen, durch einseitigen Willensakt das rechtskräftige Erkenntnis umzustoßen oder teilweise gegenstandslos zu machen? Wenn wir die Frage so stellen, müssen wir sie verneinen. Auf das ergangene Urteil darf der Schuldner nicht mehr einwirken, denn die Rechtskraft einer Entscheidung bedeutet ja, daß der richterliche Ausspruch über die streitige Forderung, abgesehen von den außerordentlichen Rechtsmitteln, nicht nachträglich umgestoßen werden darf. Hätte der Schuldner gegen den ihm ungünstigen Urteilsspruch vorgehen wollen, so mußte er seine Gegenforderung im Prozeß zur Tilgung der Klagforderung durch Aufrechnung verwerten. Nach Rechtskraft ist das Urteil als solches unantastbar.

Etwas anderes ist es, ob der Schuldner, nachdem er rechtskräftig zu einer vertretbaren Leistung verurteilt ist, eine gleichartige, gegenseitige und fällige Gegenforderung zur Aufrechnung verwerten darf, um nach Erlaß des Urteils den materiellen Anspruch des Gläubigers zu tilgen, und wenigstens die Zwangsvollstreckung aus den Titel abzuwenden. Hier bleibt das Urteil in seinem Bestande unberührt, und der Schuldner macht die nachträglich eingetretene Rechtsänderung im Wege von Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung geltend.

Daß die rückwirkende Vernichtung der Urteilsforderung durch die Erklärung der Aufrechnung nach eingetretener Rechtskraft einen Verstoß gegen den Grundsatz der Unantastbarkeit eines Urteils darstellt, trifft nicht zu. Die Berufung des Beklagten auf die nachträglich vollzogene Aufrechnung tritt dem Urteil deshalb nicht zu nahe, weil damit nicht behauptet wird, das Urteil sei zur Zeit als es erlassen wurde, unrichtig gewesen. Die Aufrechnung würde im Gegenteil unnötig sein, wenn der Anspruch nicht bis dahin bestanden hätte. Durch die Aufrechnung wird vielmehr der bis dahin unangetastete Anspruch mit rückwirkender Kraft zu einem nichtbestehenden. Das rechtskräftige Urteil kann hieran nichts ändern, denn die Aufrechnungserklärung ist eine nachträglich eingetretene Tatsache. Die Bestimmung des § 767 Abs. 2 ZPO. gibt uns Aufschluß über die Tragweite der Rechtskraft einer Entscheidung. Im Urteil kann nur festgestellt werden, ob zur Zeit der Verkündung des Richterspruchs eine Forderung des Klägers begründet sei. Treten nach dem Urteil Tatsachen ein, die den Anspruch aufheben oder hemmen, so hat es keinen Sinn, mit Hilfe der Staatsgewalt einen Anspruch zu erzwingen, der dem Obsiegenden zur Zeit des Urteils zustand, den er aber jetzt verloren hat. Zu Härten würde es jedoch führen, wenn man den Zeitpunkt für maßgebend erachten würde, in dem die Entscheidung getroffen wird. Auch diejenigen Tatsachen bedürfen der Berücksichtigung, die nach dem Schluß der mündlichen Ver-

handlung, in welcher Einwendungen gegen den Anspruch hätten vorgebracht werden können, wenn auch vor Erlaß des Urteils, entstanden sind. Darüber hinaus ist eine Aufrollung des Prozeßstoffes nicht mehr möglich. Was vor dem angegebenen Zeitpunkt entstanden ist, muß der Beklagte im Prozeß vorbringen, um gehört zu werden.

Das leuchtet ohne weiteres ein. Es leugnen jedoch einige Schriftsteller[1]) die Zulässigkeit einer materiellrechtlichen Aufrechnung, sobald der Schuldner rechtskräftig verurteilt worden ist.

Abraham will aus dem Charakter des Aufrechnungsvorbringens als einer einheitlichen Handlung, die sowohl Rechtsgeschäft als auch Prozeßhandlung bedeute, ableiten, daß es seinem ganzen Umfang nach ausgeschlossen werde. Man könne nicht sagen, die in der Aufrechnung liegende Einwendung werde präkludiert, das in ihr enthaltene, materielle Rechtsgeschäft bleibe aber unberührt. Eine einheitliche Handlung könne nur ganz oder gar nicht ausgeschlossen werden. Eine Präklusion zum Teil sei ein Nonsens. Da die private Willenserklärung keinen rechtlichen Inhalt habe, der nicht von der prozessualen Aufrechnung mitumfaßt würde, so müsse die Präklusion der gerichtlichen Aufrechnung notwendig zu dem Ausschlusse einer jeden Aufrechnung führen. Es könne nicht mehr mit Rechtswirksamkeit auf eine nachgeholte Erklärung eine Aufrechnungseinwendung gestützt werden. Die Rechtskraft, deren Wesen im § 767 ZPO. einen Ausdruck finde, rechtfertige einen ausnahmslosen Ausschluß der Aufrechnungserklärung. In der Geltendmachung der Aufrechnung liege die Weigerung, den unantastbaren Bestand des klägerischen Rechts anzuerkennen. Ueber einen Anspruch rechtskräftig entscheiden heiße aber, ihn verneinen oder seine Existenz zur Zeit des Urteils unabänderlich feststellen. Eine nachträgliche „Verweigerung der Anerkennung", die die Urteilsfestsetzung als zu Unrecht ergangen hinstellte, entspreche nicht dem Prinzip der Rechtskraft.

Diese Auffassung ist unzutreffend. Wer es mit dem rechtsgeschäftlichen Charakter der Aufrechnungserklärung ernst nimmt, muß dieselbe nicht bloß vor dem Prozeß über die Hauptforderung, sondern auch in jedem Stadium, und selbst nach völligem Abschlusse desselben für unbedingt zulässig erachten. Wenn eine außergerichtliche Erklärung genügt, um die Aufrechnung und ihre Wirkungen ins Leben zu rufen, warum sollte eine solche Erklärung nach Beendigung des Prozesses nicht mehr statthaft sein? Zahlt doch auch sehr häufig der Schuldner erst nach rechtskräftiger Verurteilung, und hat doch auch eine solche Leistung die Wirkung einer vollgültigen Zahlung. Nach geltendem bürgerlichen Recht ist die Aufrechnung nicht mehr Geltendmachung einer Gegenforderung im Prozesse, sondern einseitiges Rechtsgeschäft, durch das die beiderseitigen Forderungen zum Erlöschen gebracht werden. Nicht darin, daß gegenüber der rechtskräftigen Verurteilung auf Zahlung der Schuldner Klage erheben muß, um seine auf eine vielleicht zweifelhafte Gegenforderung gestützte Aufrechnung zur Geltung zu bringen, liegt das ungewöhnliche der Sache. Das muß er auch rücksichtlich des Einwandes der Zahlung. Wohl aber darin, daß der

1) Abraham: Aufrechnung in der Vollstreckungsinstanz S. 52.
Hellwig: System. Erster Teil § 231 Note IV.

Schuldner eine Aufrechnungseinwendung nicht mehr auf eine schon vor dem Urteil vorhandene Gegenforderung soll stützen können. Wenn die Aufrechnungslage keine Einrede erzeugen soll, wie will man es rechtfertigen, daß ein solcher Aufrechnungsakt nach Rechtskraft rechtlich unbeachtlich sein soll, daß also der Prozeß eine Präklusion da eintreten läßt, wo eine Einrede gar nicht vorhanden war? Bleibt aber die Präklusion auch in solchem Falle gerechtfertigt, weil der Schuldner in der Lage war aufzurechnen, so setzt der Prozeß in Wahrheit einen Zwang zum rechtsgeschäftlichen Handeln fest, und das läuft gegen die Natur und den Zweck des Prozesses. Wenn es auch sonst Rechtsgeschäfte gibt, die nur unter bestimmten Voraussetzungen gültig vorgenommen werden können, so ist doch hier der Zwang zur Erklärung nur im und durch den Prozeß gegeben. § 767 ZPO. würde belegen, daß für jede Aufrechnungserklärung schließlich doch das Prozeßgesetz es ist, das die Wirksamkeit derselben reguliert, und es würde daraus folgen, daß eine jede außergerichtliche, sei es vor, sei es nach dem Prozesse über die Hauptforderung abgegebene Aufrechnungserklärung des Schuldners rechtlich unbeachtlich wäre. Das was das BGB. als das jedem Teil zustehende Recht auf Aufrechnung bezeichnet, wäre dann doch nur ein Recht im Prozesse, weil es in diesem dem Ausschluß unterliegen würde.

Diese Folgerungen beweisen zur Genüge, daß die privatrechtliche Vornahme der Aufrechnung sinngemäß durch § 767 ZPO. nicht beschränkt werden kann. Ein solches Verbot hätte in das materielle Recht in befremdender und unnötiger Weise eingegriffen. Das hätte das Prozeßrecht freilich formell tun können. Es hat es aber nicht getan, da es in aller Form höchstens der Geltendmachung der Aufrechnung entgegen tritt, nicht aber ihrer Vornahme. Förtsch[2]) sagt treffend: Die Einrede der Aufrechnung müsse freilich spätestens in jenem Termin nach § 767 Abs. 2 ZPO. erhoben werden, das Rechtsgeschäft der Aufrechnung habe mit dem Prozesse nichts zu tun, und könne wie die Zahlung zu jeder Zeit vorgenommen werden.

Zum gleichen Ergebnis kommt Kohler[3]) auf Grund seiner Theorie, daß Aufrechnung als Rechtsgeschäft und Aufrechnung als Prozeßhandlung scharf zu trennen sind. Die Aufrechnung im Prozesse, die Prozeßhandlung darf nur solange erfolgen, als die betreffende Prozeßtätigkeit in der Prozeßlage möglich ist, also nur bis zum Urteil, nach dem Urteil nur gemäß § 767 Abs. 2 ZPO. Die Einschränkung tritt allerdings bei der Möglichkeit der materiellrechtlichen Aufrechnung wenig hervor. Für diese besteht die größte Freiheit. Sie ist an keine Zeitschranke gebunden und findet solange statt, als nicht ein die Aufrechnung hindernder zivilrechtlicher Vorgang eingetreten ist. Sie ist also auch nach dem Urteile möglich ebenso wie die Zahlung. Allerdings muß sie dem Vollstreckungsurteil gegenüber in entsprechender Weise zur Geltung gebracht werden, also durch Vollstreckungsgegenklage.

Nach Rechtskraft der Entscheidung hat der Schuldner die Pflicht, die dem Gläubiger im Urteil zugesprochene Forderung zu tilgen. Nach dem

2) Förtsch: Die sogen. evtl. Aufrechnung, in Gruch. Bd. 42 S. 229 A. 2.
3) Kohler: Aufrechnung nach dem BGB., in Z.Zpr. Bd. 24 S. 19 f.

BGB. kann die Tilgung einer Schuld außer durch Zahlung, je nach Lage des Falles auch durch Aufrechnung oder Erlaß eintreten. Es spricht m. E. nichts dafür, daß, wenn die Geltendmachung einer Gegenforderung im Prozeß möglich war, gerade die zivilrechtliche Aufrechnung ausgeschlossen sein soll. Mit dem gleichen Recht könnte man eine der anderen Tilgungsformen für präkludiert erachten. Aufrechnung mit entscheidungsreifen Forderungen kann der Zahlung durchaus ebenbürtig an die Seite gestellt werden. Die Zahlung, ebenso wie die Aufrechnung, hätte schon vor Schluß der letzten mündlichen Verhandlung erfolgen können. Wenn sie aber erst nach dieser vollzogen ist, so beruht sowohl der Einwand der Zahlung wie der Aufrechnung auf einem Grunde, der nach Schluß der letzten mündlichen Verhandlung entstanden ist. Zwar soll nicht verkannt werden, daß Unterschiede zwischen Aufrechnung und Zahlung bestehen. Die Zahlung ist keine Prozeßhandlung, sondern begründet nur dem trotz ihrer auf den Angriff beharrenden Kläger gegenüber einen Einwand. Zahlung im Prozeß ist noch nicht Verteidigung, während die Geltendmachung der Aufrechnung zweifellos Verteidigung ist. Hat man daher nicht gezahlt, so hat man keine Prozeßhandlung versäumt, kann also auch nicht mit einer solchen ausgeschlossen werden. Die Aufrechnung im Rechtsstreit ist aber Prozeßhandlung, ihr Ausschluß ist daher begrifflich möglich.

Anders verhält es sich mit der Aufrechnung, die nach Beendigung des Rechtsstreits erklärt ist, denn diese ist sicher keine Prozeßhandlung. Durch Ausschluß von Prozeßhandlungen kann ein nach materiellem Recht jederzeit statthaftes, außerprozessuales Rechtsgeschäft nicht ausgeschlossen werden. Die zivilrechtliche Aufrechnung findet solange statt, bis ein sie hindernder materiellrechtlicher Vorgang eingetreten ist. Letztere Fälle sind im BGB. in den §§ 390, 391 Abs. 2, 392 bis 394 erschöpfend aufgezählt. Es geht nicht an, daß man aus prozeßrechtlichen Erwägungen bei zwei Forderungen, bei denen sonst die Erfordernisse der Aufrechenbarkeit vorhanden sind, einen neuen Fall schaffen will, in dem eine materiellrechtliche Aufrechnung unzulässig sein soll. Das Gesetz hätte ausdrücklich sowohl Geltendmachung wie Vollzug der Aufrechnung nach Rechtskraft verbieten müssen. Das hat es aber nicht getan.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß der Schuldner nach Rechtskraft ungehindert die Tilgung der Schuld durch Aufrechnung herbeiführen kann.

HAUPTTEIL.

Wie kann sich der Vollstreckungsschuldner nach Tilgung der Urteilsforderung durch Aufrechnung gegen die Zwangsvollstreckung des Gläubigers aus dem vollstreckbaren Titel schützen?

§ 2. Hat der Vollstreckungsschuldner die Möglichkeit, Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 ZPO. zu erheben?

Erachtet man eine zivilrechtlich wirksame Aufrechnung gegen eine rechtskräftig zugesprochene Forderung für möglich, so vernichtet diese den zu befriedigenden Anspruch des Vollstreckungsgläubigers. Durch die

Aufrechnungserklärung wird der in dem Titel zugesprochene materielle Anspruch des Gläubigers in Höhe der Gegenforderung des Schuldners getilgt.

Von dem vollstreckbaren materiellen Anspruch scharf zu unterscheiden ist der formelle Vollstreckungsanspruch des Gläubigers gegen den Staat. Fällt der vollstreckbare Anspruch durch Zahlung, Aufrechnung oder Hinterlegung weg, so wird damit nicht ohne weiteres der Vollstreckungsanspruch des Gläubigers beseitigt. Dieser Anspruch erlischt vielmehr nur dann, wenn eine der Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung wegfällt, wenn also entweder der Gläubiger dem Schuldner die vollstreckbare Ausfertigung übergibt, oder wenn der Schuldner den Vollstreckungstitel im Wege von Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung beseitigt. Solange das nicht geschieht, bleibt der Gläubiger trotz Wegfalls des vollstreckbaren Anspruchs formell berechtigt, die Zwangsvollstreckung zu betreiben.

Von den gegen die Zwangsvollstreckung möglichen Einwendungen kommt in unserm Fall für den Schuldner allein die Vollstreckungsgegenklage des § 767 ZPO. in Betracht. Diese Klage schafft allerdings die Aufrechnung nicht, sondern benutzt nur die dadurch vollzogene Tilgung des Urteilsanspruchs als Grund.

Es ist in Rechtsprechung und Schrifttum unbestritten, daß eine solche Verwertung der Aufrechnung statthaft ist, soweit nicht nur die Aufrechnung erst nach dem Schlusse der letzten mündlichen Verhandlung (§ 767 Abs. 2 ZPO.) vollzogen, sondern auch das Aufrechnungsrecht nach jenem Zeitpunkt entstanden ist.

So bestehen keine Bedenken gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsgegenklage auf Grund vollzogener Aufrechnung, wenn dem Beklagten eine Gegenforderung neu erwächst oder abgetreten wird, wenn die Gegenforderung fällig wird, oder Gleichartigkeit der Leistungen eintritt, wenn etwa ein Leistungsgegenstand untergeht und an seine Stelle Interessenersatz tritt. Der Konkurs ermöglicht es dem Konkursgläubiger auch dann aufzurechnen, wenn für seine Forderungen die Voraussetzungen der Gleichartigkeit und der Fälligkeit nicht vorliegen. Fällt der Gläubiger daher nach Schluß der letzten Streitverhandlung in Konkurs, so kann der Beklagte in der Vollstreckungsinstanz Aufrechnung geltend machen, da die günstigen Aufrechnungsbedingungen (§ 54 KO.) zuvor nicht gegeben waren.

In gewissen Fällen ist jemand zwar nicht berechtigt, mit Forderungen eines anderen aufzurechnen, wohl aber ist die von dem Berechtigten vollzogene Aufrechnung für ihn vorteilhaft. So darf der Gesamtschuldner nicht mit Forderungen eines anderen Gesamtschuldners aufrechnen (§ 422 Abs. 2 BGB.), dagegen steht ihm die Berufung auf die erfolgte Aufrechnung in der Vollstreckungsinstanz frei, wenn der Gläubiger trotzdem Befriedigung von ihm verlangt (§ 421 Satz 1 BGB.).

Der Bürge kann sich auf die Aufrechnung des Hauptschuldners auch dann berufen, wenn er den ihm zustehenden aufschiebenden Einwand aus § 770 BGB. versäumt hat.

Hat ein Dritter die Urteilsschuld gemäß § 268 BGB. nach dem Schlusse der letzten mündlichen Verhandlung getilgt, so kann der Vollstreckungsschuldner sich unterschiedslos darauf berufen, auch dann, wenn die Gegenforderung des Dritten und die Aufrechnungsmöglichkeit schon vorher bestanden hatten. Es ist ja gerade der rechtspolitische Zweck des § 268 BGB., der Vollstreckung durch einen Interventionsakt Einhalt gebieten zu können. Außerdem hatte der Vollstreckungsschuldner in dem unterstellten Falle selbst gar kein Aufrechnungsrecht, § 767 Abs. 2 ZPO. kann schon deshalb ihm gegenüber wort- wie sinngemäß gar nicht Platz greifen. Allerdings ist durch die Leistung gemäß § 268 BGB. die befriedigte Forderung nicht unter- sondern auf den Intervenienten übergegangen. Aber das tut der Vollstreckungsgegenklage des Schuldners keinen Eintrag, denn sie macht nur geltend, daß der im Vollstreckungstitel genannte Gläubiger kein die Vollstreckung rechtfertigendes Recht mehr besitze [1]). Freilich könnte der Intervenient wohl als Rechtsnachfolger des alten Vollstreckungsgläubigers die Vollstreckungsklausel für sich erbitten nach § 727 ZPO. Die Vollstreckungsgegenklage kann sich somit in diesem Falle nicht auf vollständige Beseitigung des Titels richten, sondern nur auf Unverwendbarmachung desselben in der Person des darin bisher genannten Gläubigers, auf Beseitigung seiner Aktivlegitimation für das Vollstrekkungsrecht.

Der Vollstreckungsschuldner kann sich ferner gemäß § 767 ZPO. auf eine vom Vollstreckungsgläubiger selbst nach Schluß der letzten mündlichen Verhandlung vollzogene Aufrechnung berufen [2]). Das ist zweifelsfrei, soweit der Beklagte seinerseits kein Aufrechnungsrecht besaß (§ 390, § 394 BGB.). In der Wissenschaft [3]) besteht jedoch kein Streit darüber, daß eine Vollstreckungsgegenklage hier auch zulässig sein muß, wenn der Vollstreckungsschuldner ein Aufrechnungsrecht besaß, es aber nicht ausgeübt hat, denn er beruft sich in einem solchen Fall nicht auf die Auswirkung seines, sondern auf diejenige des gegnerischen Gestaltungsrechts. Dieses ist aber von dem eigenen Aufrechnungsrecht des Vollstreckungsschuldners begrifflich und in manchen Fällen auch praktisch durchaus verschieden. Auf seine Ausübung hatte der Schuldner nicht den mindesten Einfluß.

Endlich ist eine Vollstreckungsgegenklage auf Grund nachträglich vollzogener Aufrechnung gegen die Kostenforderung des Prozeßgegners zulässig, denn diese war vor dem Urteil mindestens als eine fällige, in ihrer ziffernmäßigen Höhe bestimmte noch nicht vorhanden. Wie soll sich eine Aufrechnung mit bestimmtem rechnerischen Ergebnis ihr gegenüber schon vorher ermöglichen lassen? Der Schuldner ist sogar auf den Weg der Vollstreckungsgegenklage angewiesen, denn mittels der bloßen Beschwerde gegenüber dem Kostenfestsetzungsbeschluß kann er sich auf die vollzogene Aufrechnung nicht berufen [4]).

1) So auch Seuffert zu § 767 Ziff. 2; Gaupp-Stein § 767 Ziff. II 1.
2) JW. 1902 S. 531.
3) Oertmann: Die Aufrechnung im Deutschen Zivilprozeßrecht. § 17 Note 4 c; Stein-Jonas: Kommentar zur ZPO. § 767 II 2 Anm. 55.
4) RGZ. Bd. 13 S. 360; Stein-Jonas: Vorbem. II Ziff. 4 Anm. 31 vor § 91 ZPO.

Die Vollstreckungsgegenklage ist andererseits zweifellos nicht zulässig, wenn der Vollstreckungsschuldner sich erst jetzt nach Rechtskraft zur Begründung der Klage einzig auf eine schon frühere erklärte (zivilistische) Aufrechnung beruft. Das verstieße gegen die gemessene Vorschrift des § 767 Abs. 2 ZPO.

Sehr streitig ist dagegen die Behandlung der dazwischenliegenden Fälle, daß das Aufrechnungsrecht älter, die wirkliche Aufrechnung dagegen jünger ist, als der kritische Zeitpunkt des § 767 Abs. 2 ZPO. Darüber gibt es drei Ansichten:

1. Die eine sieht nur auf den Zeitpunkt der wirklich vollzogenen Aufrechnung, läßt also, wenn diese nach der entscheidenden Schlußverhandlung erfolgt ist, die Vollstreckungsgegenklage noch zu.

2. Die andere Hauptansicht läßt die Vollstreckungsgegenklage auf Grund vollzogener Aufrechnung schon dann nicht mehr zu, wenn die Aufrechnungsmöglichkeit bereits vor dem nach § 767 Abs. 2 ZPO. entscheidenden Zeitpunkt begründet war.

3. Eine Mittelmeinung findet man vereinzelt bei Lippmann[5]). Nach dieser kann man die Vollstreckungsgegenklage auf Aufrechnung nur dann nicht mehr stützen, wenn das Aufrechnungsrecht vor der letzten mündlichen Verhandlung bestanden hatte, und dies dem Berechtigten bekannt oder schuldhaft unbekannt war. Die gleiche vermittelnde Auffassung hat das OLG. Dresden[6]) vertreten mit der Begründung, daß § 767 ZPO. sicherlich nicht nur den Gläubiger, sondern auch den Schuldner schützen wolle, und daß dieser Zweck des Gesetzes nicht durch Auslegung vereitelt werden dürfe. Um einen Ausgleich zwischen den beiderseitigen Interessen zu finden, müsse man auf die Kenntnis des Schuldners von der vorhandenen Möglichkeit, durch seine Willenserklärung eine Einwendung zu schaffen, abstellen. Die dem Schuldner zur Verfügung stehende Möglichkeit allein genüge nicht zum Ausschluß, es müsse vielmehr hinzukommen die Kenntnis des Schuldners, daß er dieser Tatsache durch Willenserklärung gegenüber dem Gläubiger zur Wirksamkeit verhelfen kann.

Die vermittelnde Ansicht Lippmanns ist ohne Stütze im Gesetz. Dem § 767 ZPO. liegt jeder Restitutionsgedanke fern. § 767 Abs. 2 läßt eindeutig nur die Entstehung der Gründe der Einwendung maßgebend sein. Die Abgabe der Aufrechnungserklärung ist objektiv ohne Rücksicht auf die Kenntnis von der Aufrechnungsbefugnis bei Vorliegen der Aufrechnungsvoraussetzungen möglich. Letzteres ist demzufolge das allein entscheidende. Das Gesetz nimmt grundsätzlich keine Rücksicht darauf, ob die Versäumnis der Einwendung durch den Beklagten verschuldet oder entschuldbar ist. Es kann also bei der Aufrechnung insbesondere nicht darauf ankommen, ob die Unkenntnis des Beklagten von der Aufrechnungsmöglichkeit zu entschuldigen oder nicht zu entschuldigen ist. Auch wenn der Beklagte bis zu dem entscheidenden Termin keine Kenntnis von den ihm zu Gebote stehenden Verteidigungsmittel hatte, kann er es aus diesem Grunde doch nicht mehr in der Vollstreckungsinstanz nachholen. Auf

5) Lippmann: Zur Lehre von der Kompensation in Jahrb. Dogm. Bd. 32 S. 233.

6) OLG. Dresden in Rspr. Bd. 16 S. 292.

mangelnde Information nimmt hier das Gesetz keine Rücksicht. Es will nur dem helfen, dem nachträglich Verteidigungsmittel erwachsen sind. Man gefährdet ungern die Energie der Vollstreckung. Das zeigt auch das Erfordernis besonderer Klage und die Verwertung der Eventualmaxime in § 767 Abs. 3 ZPO. Daher hat die Zivilprozeßordnung den Gesichtspunkt des Verschuldens bei dem verspäteten Vorbringen verworfen.

Eine nur scheinbare Ausnahme von dem eben Gesagten besteht für den Fall der vor der letzten mündlichen Verhandlung vollzogenen, aber erst nachträglich zur Kenntnis des Schuldners gelangten Abtretung der Forderung, da hier die Erlangung der Kenntnis als solche nach § 407 BGB. die die Grundlage der Vollstreckungsgegenklage bildende neue Tatsache darstellt.

Die Auffassung, welche die Aufrechnungserklärung für die Zulassung der Vollstreckungsgegenklage als entscheidend erachtet, wird mehr von der Wissenschaft vertreten und hat in der Praxis nur wenige Anhänger gefunden [7]).

§ 3.

Gegen die Zulässigkeit einer Vollstreckungsgegenklage führt die herrschende Lehre an:

1. den Wortlaut des § 767 Abs. II ZPO.

Die Ansicht, welche der Aufrechnungsmöglichkeit maßgebende Bedeutung beimißt, wird nicht nur von namhaften Wissenschaftlern des Prozeßrechts [1]), sondern durchgängig vom Reichsgericht [2]) und vorwiegend in der sonstigen Rechtsprechung [3]) vertreten. Diese Ansicht, welche man heute wohl als die herrschende bezeichnen kann, stützt sich zunächst auf den

---

7) Betzinger: Bad. Rspr. 1900 S. 154 ff.; Crome: System § 193 Anm. 7; Eck: Vorträge S. 377 f.; Förtsch in Gruch. Bd. 42 S. 229 Anm. 2; Hellmann in Kr.V.J. Schr. Bd. 40 S. 102; Kulenbeck-Staudinger zu § 389 BGB. Ziff. 5; Lang: Aufrechnungsrecht 1906 S. 41; Fr. Leonhard: Aufrechnung S. 156; Petersen-Anger zu § 767 ZPO. Anm. 8; Planck: Zu § 389 BGB. Ziff. 4; Rehbein: Zu § 387 ff. Ziff. 24 Abs. 3; Reichel: In Festschr. f. Wach. Bd. 3 S. 24 ff.; Scholmeyer: Zu § 389 BGB. Ziff. 2 Abs. 2; Siber: S. 115; Struckmann-Koch: Zu § 767 Ziff. 4; Weigelin: Recht zur Aufrechnung 1904 S. 20.

1) Abraham: Aufrechnung und Eingriffsrechte in der Vollstreckungsinstanz (1904) . 42 ff.; Dernburg: Pr. Privatrecht Bd. II § 106 Anm. 3; Eccius: in Gruch. Bd. 42 S. 255 ff. (wegen der rückwirkenden Kraft der Aufrechnung). Falkmann: Zwangsvollstreckung Aufl. II S. 393; W. Fischer: In Z.Zpr. Bd. 43 S. 90 ff.; Hellwig: Anspruch u. Klagerecht S. 20, 407; Jäger: Konkursordnung § 53 Anm. 24; Mandry-Geib: Zivilrechtlicher Inhalt der Reichsgesetze S. 450; Seckel: Festgabe für Koch S. 232 (weil man denjenigen, der eine Einwendung ohne weiteres herzustellen vermag, wie jemand behandeln müsse, dem dieselbe schon zusteht); Seuffert: Zu § 767 Ziff. 3 b; Gaupp-Stein: § 676 Ziff. II 2 Abs. 3; Struckmann-Koch: Aufl. 9 § 767 Ziff. 4; v. Tuhr: Allgem. Teil des BGB. I S. 199 bis 200.

2) RG. Bd. 64 S. 228 ff.; RG. im Recht 11 Nr. 2364, in LZ. I 590 Nr. 14, im Recht 14 Nr. 2393, in JW. 1913 S. 103, in Gruch. Bd. 58 S. 487.

3) OLG. Celle im Recht 1913 Nr. 2481; OLG. Dresden im Sächs. Archiv Bd. 8 S. 764 ff.; OLG. Frankfurt im Recht 1911 Nr. 1719; OLG. Hamburg in der Hans. GZ. 26 Beibl. S. 280; OLG. Karlsruhe in Bad. Rspr. 14 S. 116.

Wortlaut des § 767 Abs. 2 ZPO. Letztere Vorschrift setzt, wie die Vertreter der h. M. ausführen, geflissentlich nicht voraus, daß die Einwendung selbst, sondern nur, daß die Gründe, auf welchen die Einwendung beruht, nicht vor dem kritischen Zeitpunkt entstanden sein dürfen. Wenn dieser sprachliche Gegensatz Sinn haben soll, so wird der § 767 Abs. 2 ZPO. gerade auf solche Fälle zu deuten sein, wo die Einwendung in Ausübung eines schon früher vorhandenen Rechts später entstanden, aktuell geworden ist.

Der Grund der Aufrechnung ist in dem Zeitpunkte entstanden, in dem die Forderungen sich aufrechenbar gegenüberstehen. Die Erklärung ist die Aufrechnung selbst. Es kann bei der Bestimmung der Gründe für eine Einwendung gleichgültig sein, ob nach dem materiellen Recht die Rechtswirkung unmittelbar an den Tatbestand des Gegenüberstehens der Forderungen geknüpft ist, oder erst durch eine hinzukommende Willenserklärung ausgelöst werden muß.

2. die geschichtliche Entwicklung der Möglichkeit einer Aufrechnung in der Vollstreckungsinstanz.

Außer dem Wortlaut des § 767 Abs. 2 ZPO. führt die h. L. die Geschichte und die Grundsätze über die Behandlung der Gestaltungsrechte nach bürgerlichem Recht für die Auffassung ins Feld, daß eine Vollstrekkungsgegenklage nicht auf eine nach Rechtskraft vollzogene Aufrechnung gestützt werden kann.

Die Geschichte läßt eine Entwickelung in Richtung auf eine Aufrechnungsbeschränkung hin erkennen.

Im römischen Recht war eine Kompensation auch der actio judicati gegenüber möglich. Ohne Einfluß war es, ob die Voraussetzungen der Kompensation bereits vor dem Urteil gegeben waren oder nicht (1. 2. C IV. 31). Auch das Partikularrecht stand ursprünglich auf dem Standpunkte, man müsse die Aufrechnung unbedingt zulassen. Die Preußische A.G.O. [4]) behandelte die Einwendungen der Zahlung, der Aufrechnung, des Erlasses und des Vergleichs als privilegierte Einwendungen, ließ sie in der Vollstreckungsinstanz zu, und erklärte ausdrücklich, daß es keinen Unterschied mache, ob der Grund dieser Einreden vor oder nach dem rechtskräftigen Urteile eingetreten sei. Da diese Vorschriften „nicht mehr den Bedürfnissen der Rechtspflege entsprachen", so wurde durch Verordnung vom 4. März 1734 bestimmt: § 6: Die Einwendungen der Zahlung, der Aufrechnung, des Erlasses und des Vergleichs hemmen die Exekution nur alsdann, wenn sie liquid sind, und die Tatsachen, auf welche sie gegründet sind, sich erst nach geschlossener Instruktion der Sache ereignet haben, oder erst nach diesem Zeitpunkt zur Kenntnis des Schuldners gelangt sind.

Die Meinungen gehen darüber auseinander, ob die Reichszivilprozeßordnung die Möglichkeit, in der Vollstreckungsinstanz aufzurechnen, in der uns interessierenden Richtung noch mehr eingeschränkt hat. Die h. L. [5])

4) Preuß: AGO. Titel II Teil 1 S. 27.

5) Vergl. Wetzel: System des ordentlichen Zivilprozesses III. Aufl. Berlin-Leipzig 1878 § 47 Anm. 121.

des gemeinen Rechts faßte die exceptio compensationis so auf, daß man sich mit der Erklärung nicht ein Einrederecht schaffe, sondern von einem wohlerworbenen Rechte Gebrauch mache. Soweit man nicht annahm, daß die einander gegenüberstehenden Forderungen ipso iure untergingen, nahm man allgemein ein einredebegründendes Gegenübertreten der aufrechenbaren Forderungen an. Der Grund der exceptio compensationis war also mit der Aufrechnungssituation entstanden. Die Geltendmachung in der Vollstreckungsinstanz war ausgeschlossen, wenn die Aufrechnungsmöglichkeit vor Schluß der letzten mündlichen Verhandlung eingetreten war.

Das Reichsgericht [6]) vertritt die Auffassung, daß das BGB. nur der neueren Entwicklung des gemeinen Rechts gefolgt ist. Nach dieser ist schon, ebenso wie nach preußischem ALR. eine außergerichtliche Erklärung der Aufrechnung für wirksam erachtet, und allgemein anerkannt, daß die Wirkung der Aufrechnung ohne eine darauf gerichtete Willenserklärung nicht eintrat. Unter der Herrschaft des früheren Rechts sei aber in Literatur und Praxis der Ausschluß einer Aufrechnung, die in den früheren Verfahren hätte geltend gemacht werden können, nach § 767 Abs. 2 ZPO. nicht zweifelhaft gewesen, und es ergebe sich aus den ungedruckten Protokollen der ersten Kommission [7]), daß in dieser Beziehung mit der Einführung des BGB. keine Aenderung bezweckt ist.

Diese Begründung des Reichsgerichts ist allerdings nicht zwingend, denn eine in Wissenschaft und Rechtsprechung des gemeinen Rechts unbestrittene Auffassung bindet uns keineswegs in der Auslegung einer Gesetzesvorschrift, selbst wenn die Protokolle zum BGB. die Absicht einer Aenderung der bisherigen Rechtsauffassung in Abrede stellen.

3. die Notwendigkeit, die Ausübung von Gestaltungsrechten nach rechtskräftiger Entscheidung eines Rechtsstreits auszuschließen.

Die rechtliche Beurteilung der Aufrechnung als Gestaltungsrecht führt ebenfalls, wie die h. L. ausführt, zu einer Beschränkung der Aufrechnungsbefugnis. Da die Aufrechnung zur Kategorie der „Gestaltungsrechte" gehört, so kommt den Ergebnissen, die wir hier bezüglich der Vollstrekkungsgegenklage feststellen, allgemeine Bedeutung für sämtliche derartigen Rechte zu (Anfechtung, Wandlung, Rücktritt). Gestaltungsrechte sind Befugnisse, kraft deren eine bestimmte Person durch einseitige Willenserklärung Rechtswirkungen hervorrufen kann. Diese Befugnisse knüpfen an das Bestehen andere Rechtsverhältnisse an. Ueber diese verfügen sie, in dieselben greifen sie ein. Seckel hat diese Befugnisse „Eingriffsrechte" genannt. Zitelmann [8]) nennt sie „Rechte des rechtlichen Könnens", ihren Inhalt bilde ein rechtliches Können der Person. Die Eingriffsrechte haben als Begriffsbildungen sekundärer Art keine eigene Stätte neben den ursprünglichen Rechten, den Sachenrechten, den Forderungen, den Familienrechten usw. Sie sind Befugnisse, die sich innerhalb aller Rechtsverhältnisse finden. Sie gleichen darin den Ansprüchen, d. h. den Rechten, von

6) RG. Bd. 64 S. 229.
7) Protokolle Bd. I S. 1413 bis 1415.
8) Zitelmann: Internationales Privatrecht S. 35, 45.

einem andern ein Tun oder Unterlassen zu verlangen, die an keine spezielle Materie gebunden mit Recht im allgemeinen Teil des BGB. geregelt sind.

Wird die Aufrechnung als Gestaltungsrecht durch rechtskräftige Entscheidung ausgeschlossen, so ist auch die Geltendmachung irgendwelcher anderer Gestaltungsrechte, deren Voraussetzungen bereits vor Erlaß des Urteils vorhanden waren, nach Schluß der gemäß § 767 Abs. 2 ZPO maßgebenden Verhandlung unmöglich.

Da Gestaltungsrechte keine Ansprüche sind, so unterliegen sie nicht der Verjährung. Ihr allzulanges Bestehen kann aber zu Mißständen führen. Deshalb bewirkt eine Nichtausübung des Gestaltungsrechts innerhalb gewisser Fristen ohne weiteres sein Erlöschen. Die Fristen, mit deren Ablauf die Wirkung des Verschweigens eintreten, sind entweder gesetzliche oder vom Gegner des Gestaltungsberechtigten einseitig gesetzte oder vertragsmäßige. Die gesetzlichen Ausübungsfristen haben meist eine verhältnismäßig recht ausgiebige Dauer, so z. B. die relative Frist für die Anfechtung wegen Täuschung die Dauer eines Jahres. Seckel[9]) führt aus, es sei unbillig, daß der Betrogene, der etwa einen Grundstückskauf anfechten kann, ein Jahr lang auf Kosten des Betrügers solle spekulieren können. Das BGB. versage dem Betrüger das Fristsetzungsrecht. Es habe fast den Anschein, als ob die Rechtsordnung in der Tat dem anderen Vertragsteil den ungeheuerlichen Spekulationsvorteil einräumte, gerade als sollte das Privatrecht dem Strafzwecke dienen. Hier müsse das Prozeßrecht in die Lücke springen, und zwar in Gestalt des § 767 ZPO. Man müsse denjenigen, der eine Einwendung im Sinne des BGB. ohne weiteres durch Prozeßhandlung zu gestalten vermag, ebenso behandeln, wie denjenigen, der eine Einwendung hat. Er sei ebenso ausgeschlossen wie der, dem eine vorhandene Einwendung durch Prozeßhandlung geltend zu machen möglich war.

Die Behauptung Seckels, daß dem Schuldner, der bei einem Vertrag betrogen worden ist, eine ungerechtfertigte Spekulationsfrist auf Kosten des Betrügers zukommen würde, überzeugt nicht. Der Zweckgedanke des Anfechtungsrechts verkörpert sich darin, daß das Gesetz (§ 124, aber auch § 121 BGB.) dem Anfechtungsberechtigten eine Rechtsausübungsfrist, eine Zeitspanne der Ueberlegung zubilligt. Diese Bedenkzeit voll auszunutzen, ist sein gutes Recht, das ihm somit auch durch Klagerhebung des Gegners nicht verkümmert werden darf. Die schleunige Anstrengung eines Prozesses kann und darf nicht das Mittel sein, um dem Anfechtungsberechtigten seine vom Gesetz gewährleistete Ueberlegungsfrist zu verkürzen. Der Gegner, der aus einem solchen Rechtsgeschäft Klage erhebt, tut das vielmehr auf seine eigene Gefahr. Wie er Sachabweisung erleiten wird, wenn die Anfechtung noch vor Verhandlungsschluß erfolgt, so muß er sich auch die Rückforderung gefallen lassen, wenn die Anfechtung fristgemäß erfolgt, nachdem er Verurteilung erlangt und das Erforderte beigetrieben hat.

Für die Behauptung Seckels, daß das unabweisbare Bedürfnis, den Gegner desjenigen zu schützen, der ein Gestaltungsrecht hat, es erfordert, daß

9) Seckel in Festschrift f. Koch Berlin 1903 S. 232.

gemäß § 767 ZPO. die Ausübung des Rechts ausgeschlossen ist, läßt sich der Beweis nicht erbringen. Es ist allein die Aufgabe des materiellen Rechts, Gestaltungsrechte, die es verleiht, in ihrer Dauer zu begrenzen. Das Prozeßrecht kann die dort getroffene Regelung nicht ohne weiteres durchbrechen.

Seckels Annahme einer grundsätzlichen Ausschließung der Aufhebungsrechte durch § 767 ZPO. würde zweifellos zu Härten gegen den Schuldner führen, welche durch den vom Reichsgericht in seiner Rechtsprechung betonten Zweck einer energischen Vollstreckung nicht aufgewogen werden können. Wenn sich etwa ein Vertragsteil den Rücktritt während eines Jahres vorbehalten hat, und vor Ablauf dieser Zeit auf Erfüllung verklagt wird, so müßte er das Rücktrittsrecht, um es nicht durch Ausschluß zu verlieren, vor der verabredeten Frist ausüben. Auch die Wandelungseinrede, welche m. E. erst durch das Verlangen der Wandelung entsteht, wird daher nicht durch § 767 ZPO ausgeschlossen. Es würde sonst den Käufer selbst eine Garantiefrist nichts nützen, wenn er vor Ablauf derselben auf Zahlung verklagt und verurteilt würde, bevor der Mangel von ihm bemerkt ist. Soll ferner der Schuldner, der sich in einem Mahn- oder Versäumnisverfahren hat verurteilen lassen, weil er die Schuld nicht bestreiten konnte, und erst jetzt entdeckt, daß er beim Vertrage betrogen worden ist, nicht mehr zur Anfechtung berechtigt sein? Eine soweitgehende Wirkung der prozeßrechtlichen Ausschließung von Einwendungen läßt sich aus der Natur der Gestaltungsrechte nicht herleiten, und ist mit den Anforderungen der materiellen Gerechtigkeit unvereinbar.

v. Tuhr[10]) glaubt, Anhaltspunkte für die Auffassung, daß die Möglichkeit, eine Einwendung durch Willenserklärung zu erwerben einer bestehenden Einwendung gleichzustellen sei, durch Analogieschluß aus den §§ 199 und 200 B. G. B. ableiten zu können. Es muß v. Tuhr zugegeben werden, daß das BGB. in diesen Gesetzesvorschriften die bloße Möglichkeit der Ausübung des Kündigungs- bezw. Anfechtungsrechts für ausreichend erachtet hat, um die Verjährungsfrist in Lauf zu setzen. Selbst wenn man die einzigartige Natur dieser Regelung verneint, ist ein Analogieschluß von diesen Gesetzesvorschriften auf unser Problem nicht gerechtfertigt. Sowohl bei der Kündung als auch bei der Anfechtung fehlt dem Kläger jede Möglichkeit einer Einflußnahme auf die Ausübung dieses Rechts. Es ist hier völlig vom Beklagten abhängig, ob und wann gekündigt bezw. angefochten wird. Ganz anders dagegen liegt der Fall der Aufrechnung. Hier steht es ebenso beim Kläger wie beim Beklagten, die Aufrechnung zu erklären, und damit die Forderungen zum Erlöschen zu bringen. Der Kläger kann nicht von sich aus die Aufrechnung unterlassen, und auf der anderen Seite vom Beklagten verlangen, daß dieser von seinem Rechte sofort Gebraucht macht oder damit ausgeschlossen wird.

4. die Beratungen der II. Kommission in den Protokollen zum BGB. Bd. I S. 1414 f.

Die h. M. führt für ihre Ansicht fernerhin an, daß bei der Beratung des BGB. die zweite Kommission sich ebenfalls auf den Standpunkt ge-

10) v. Tuhr: Allgem. Teil des BGB. Bd. I S. 199.

stellt habe, daß eine Vollstreckungsgegenklage auf eine nach Rechtskraft vollzogene Aufrechnung nicht mehr gestützt werden könne [11]).

Um dem § 689 ZPO. (alte Fassung) seine Anwendbarkeit für den Fall zu sichern, daß der Schuldner erst nach der Verurteilung die Aufrechnungserklärung abgibt, die er schon während des Rechtsstreits zur Begründung der Einrede der Aufrechnung abzugeben imstande war, wurde der Antrag gestellt, daß gegen Forderungen, zu deren Erfüllung der Schuldner rechtskräftig verurteilt worden ist, die Aufrechnung nur mit solchen Forderungen zulässig sei, welche erst nach Schluß derjenigen mündlichen Verhandlung fällig geworden seien, in welcher Einwendungen nach Maßgabe der Bestimmungen der Prozeßordnung spätestens hätten geltend gemacht werden müssen. Dem Antrag lag die durchaus überzeugende Auffassung zu Grunde, daß keine Einrede vorhanden sei, solange vor der Aufrechnungserklärung die Forderungen lediglich einander gegenüberstehen, daß demzufolge auch keine Einrede ausgeschlossen werden kann. Um das unbefriedigende Ergebnis zu vermeiden, daß jemand, der imstande war aufzurechnen, besser behandelt würde, als derjenige, der irgendeine andere Einwendung versäumt hat, sollte nur der aufrechnen dürfen, der vorher keine Möglichkeit dazu hatte.

Aber der Antrag wurde aus formalen Gründen abgelehnt. Man wandte mit Recht ein, die Bestimmung gehöre in die ZPO. Eine Aenderung der ZPO. durch die Novelle bei Einführung des BGB. ist allerdings nicht erfolgt.

5. das Wesen der Aufrechnung als Einrede im Prozeß (Hellwig).

Hellwig [12]) als Vertreter der h. L. glaubt die Unzulässigkeit der auf Aufrechnung gestützten Vollstreckungsgegenklage aus dem Wesen der „Einrede" ableiten zu können.

Er geht davon aus, daß die Aufrechnungssituation das Recht erzeuge, kraft einseitiger Erklärung das Erlöschen der Gegenforderung herbeizuführen, meint aber in dieser Wirkung die Rechtsfolge eines jeden Einrederechts zu sehen. Um ihn zu verstehen, muß man also seinen Einredebegriff kennen lernen. Hellwig führt aus, unter peremptorischer Einrede verstehe das BGB. das Recht, eine geschuldete Leistung dauernd zu verweigern. Darauf sei das Recht aber nicht beschränkt. Der Schuldner hebe vielmehr durch die Verweigerungserklärung den Anspruch auf, und zwar so, daß nach der Geltendmachung der Einrede es so anzusehen sei, als ob die Forderung rechtlich nie bestanden hätte. Das peremptorische Einrederecht sei ein Anfechtungsrecht in Bezug auf den Anspruch. Bis zur Ausübung des Einrederechts ergebe sich ein Schwebezustand. Die Geltendmachung der Einrede beseitige die Verpflichtung zu derjenigen Leistung, welche verweigert wird. Die Ausübung des Einrederechts im Rechtsstreit sei prozessuale Einrede und falle unter den Begriff der Einwendung im Sinne des § 767 ZPO. Der Schuldner könne im Prozeß durch Vorschützen der Einrede die Klagforderung vernichten. Mache der Schuldner von dem Leistungsverweigerungsrecht keinen Gebrauch, so sei der Klage zu entspre-

11) Protokolle I S. 1414 f.
12) Hellwig: Anspruch u. Klagrecht S. 2 ff., 9, 16, 20.

chen; damit sei die Einrede ausgeschlossen. Die Feststellung des Schuldverhältnisses bedeute, daß es jetzt ein vollwirksames, einredefreies sei. Dem Schuldner einer aufrechenbaren Gegenforderung sei nun in dem Rechte, mit Aufopferung seiner eigenen Forderung seine Schuld zu tilgen ein Rechtsbehelf gegeben, welcher sich in seiner Wirkung von einer Einrede nicht unterscheide. Somit sei selbstverständlich, daß der Aufrechnungseinwand der z. Zt. des Prozesses möglich war, ebenso wie andre Einreden ausgeschlossen werde. Es sei zur Vermeidung der Ausschließung geboten, daß der Beklagte von dem ihm zustehenden Rechtsbehelfe Gebrauch mache.

Hellwigs Einredebegriff entspricht jedoch nicht den Grundsätzen des BGB. § 853 BGB. stellt Aufhebung der Forderung und Leistungsverweigerung offenbar einander gegenüber. Nach der Theorie Hellwigs könnte hierin ein Gegensatz nicht gefunden werden. § 813 Abs. 1 BGB. wäre von Hellwig nicht zu erklären, da vor der Geltendmachung der Einrede auf eine Schuld geleistet würde, und eine nachträgliche „Leistungsverweigerung", wo nichts mehr zu leisten ist, widersinnig wäre.

Stellt man sich auf den Standpunkt Hellwigs, so ist allerdings nicht zu leugnen, daß das Gegenübertreten aufrechenbarer Forderungen eine Einrede erzeuge. Das ist jedoch unrichtig. Die Aufrechnungssituation erzeugt keine Einrede. Die materiell-rechtliche Einrede hemmt nur die Durchsetzung des einredebehafteten Anspruchs, sie vernichtet ihn nicht. Dementsprechend erfüllt sie ihre Funktion nur im Prozesse. Die Aufrechnungserklärung führt dagegen als rechtsgeschäftliche Willenserklärung auch außerhalb des Rechtsstreits zum Erlöschen der gegenseitigen Ansprüche.

6. die rechtspolitische Notwendigkeit, Prozeßverschleppungen durch willkürlich verzögerte Geltendmachung der Aufrechnung zu verhindern.

Die entscheidenden Stützen für die herrschende Lehre sind rechtspolitische Gesichtspunkte. Der Grund der Beschränkung der Nachholungsmöglichkeit von Einreden ist offenbar der, daß der Vollstreckungsschuldner füglich nicht mehr imstande sein darf, die Vollstreckung mit willkürlich hinausgezogenen Verteidigungsmitteln zu hemmen. Das Verteidigungsmittel lag aber materiell schon in der Aufrechnungsbefugnis. Es war angesichts des geltenden Rechts für den Vollstreckungsschuldner ebenso bequem, die Einwendung durch Aufrechnungserklärung im Prozeß zu schaffen, wie sich auf eine schon bestehende Einwendung zu berufen.

Bei der Auslegung des § 767 ZPO. ist in Betracht zu ziehen, daß der Gläubiger, gegen den sich die Klage richtet, einen durch Urteil festgestellten Anspruch hat, daß es sich um Einwendungen in der Zwangsvollstreckung handelt, und daß die Bestimmungen des § 767 Abs. 2 und Abs. 3 offenbar darauf abzielen, im Interesse eines energischen Fortgangs der Vollstreckung Schikanen und Verzögerungen des Schuldners möglichst entgegenzutreten. § 767 ZPO. hat den Sinn, daß alle Einwendungen, welche bis zu dem im Absatz 2 angegebenen Zeitpunkt vorgebracht werden können, auch vorgebracht werden müssen. Die Einwendung der Aufrechnung kann aber geltend gemacht werden, wenn die Forderung, mit welcher auf-

gerechnet werden soll, entstanden und fällig ist. Der Schuldner hat dann die Möglichkeit, die Erklärung aufrechnen zu wollen (§ 388 BGB.) abzugeben, hierdurch die Forderung des Gläubigers (nach Maßgabe des § 389 BGB.) zum Erlöschen zu bringen, und auf diese, lediglich auf seinem Willen beruhende Aufrechnungserklärung, seine Einwendung zu stützen. Zweck und Bedeutung der im § 767 Abs. 2 ZPO. enthaltenen Gesetzesvorschrift bestehen darin, der Verschleppung entgegenzuwirken, welche in einer mit den praktischen Zielen des Prozesses völlig unvereinbaren Weise dann eintreten müßte, wenn es dem Schuldner gestattet sein sollte, Rechtsbehelfe, von denen er zur Abwendung seiner Verurteilung hätte Gebrauch machen können, willkürlich im Verlauf des Vollstreckungsverfahrens, nachzuschleppen. Wenn der Staat im Verfahren des § 767 ZPO. den Einreden das Gehör verweigert, durch deren rechtzeitiges Vorbringen dieses Verfahren überhaupt hätte vermieden werden können, wenn er also gleichsam als Strafe für die durch solche Unterlassung bewirkte Belästigung seiner Gerichte erklärt, das Nachbringen jener Einwendungen als zu unrechter Zeit geschehen zurückweisen zu wollen, so muß das auch da gelten, wo es lediglich vom Willen des Beklagten des Vorprozesses abhing, sich durch eine einfache Erklärung die Einwendung gegen den Anspruch zu beschaffen.

7. den Sinn der Vorschrift des § 529 Abs. 5 ZPO.

Das bedeutsamste Argument, das die h. L. gegen die Zulassung einer Vollstreckungsgegenklage ins Feld führen kann, ist die Vorschrift des § 529 Abs. 5 ZPO.

Danach kann der Beklagte sogar schon während des anhängigen Rechtsstreits mit seiner Aufrechnung ausgeschlossen werden. Um wieviel mehr muß das gelten, wenn der Prozeß durch ein rechtskräftiges Urteil abgeschlossen ist, das dem Kläger seine Forderung unbeanstandet zuerkannt hat.

Es fragt sich, welchen rechtspolitischen Zweck das Gesetz mit der Ausschließung der Aufrechnung in der Berufungsinstanz verfolgt. In § 529 Abs. 5 ZPO. wird die sonst nach Abs. 1 statthafte Geltendmachung „neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel" für den Fall verneint, daß der Beklagte sich auf Aufrechnung beruft, ohne daß es ihm gelingt, glaubhaft zu machen, er sei ohne sein Verschulden außerstande gewesen, die Aufrechnung in erster Instanz geltend zu machen.

Der Sinn dieser Gesetzesvorschrift ist demnach, Verschleppungen des Prozesses durch simulierte oder schuldhaft zurückgehaltene Aufrechnungsforderungen zu verhindern. Willigt der Gegner in die Aufrechnung in der Berufungsinstanz ein, so ist diese mit Recht statthaft, denn ihre Einschränkung dient vorwiegend seinem Interessenschutz, und er muß auf diesen verzichten können.

Früher war die Zurückweisung der Aufrechnungseinwendung keine endgültige, sondern es kam gemäß dem Schlußsatze des § 529 ZPO. nur zu einer Vorbehaltsentscheidung, die auf Grund der Aufrechnung später wieder aufgehoben werden konnte. Diese Einschränkung war mit Anerkennung der rechtsgeschäftlichen Aufrechnung nach Ansicht des Gesetzgebers

notwendig geworden[13]). Eine endgültige Zurückweisung der Aufrechnung in der zweiten Instanz hätte, so meinte man, einen unbegründet starken Einbruch in das materielle Aufrechnungsrecht dargestellt, hätte die endgültige Zuerkennung von privatrechtlich nicht mehr bestehenden Ansprüchen notwendig gemacht. Das Nachverfahren über die Aufrechnungseinwendung ist jedoch ebenso wie das Nachverfahren gemäß den §§ 540, 541 ZPO. meines Erachtens ohne triftigen Grund durch die Verordnung vom 13. Februar 1924 beseitigt worden. Es muß sich im Sinne des § 529 Abs. 5 ZPO. um eine neue Aufrechnung handeln. War schon in der ersten Instanz aufgerechnet, sei es auch verspätet (§ 279 ZPO.), oder materiell unwirksam (etwa vor Fälligkeit der Aufrechnungsforderung), so tritt die Vorschrift nicht in Kraft. Erst recht nicht, wenn das erstinstanzliche Gericht die Aufrechnung zu Unrecht verworfen hatte. Die Vorschrift gilt gleichmäßig, mag die Aufrechnungsforderung mit dem Klageanspruch in rechtlichem Zusammenhang stehen oder nicht.

Konnte der Beklagte vor der Zeit der zweiten Instanz aus materiellrechtlichen Gründen noch nicht aufrechnen, so konnte er auch die Aufrechnung vorher nicht oder doch nicht wirksam geltend machen. Folglich tritt Abs. 5 des § 529 ZPO. für solche Fälle einer Berufung auf die Aufrechnung nicht entgegen, einerlei, ob die nunmehr erst zulässig gewordene Aufrechnung jetzt erst zivilistisch vollzogen oder ohnedies nur prozessual geltend gemacht wird. Hierher gehört jedoch nicht der Fall, daß die Gegenforderung während der Dauer des Rechtsstreits in erster Instanz nur noch nicht liquide war[14]). Liquidität ist keine Gültigkeitsbedingung der Aufrechnung.

Zusammenfassend können wir also sagen, daß gemäß § 529 ZPO. die Einwendung der Aufrechnung dann endgültig ausgeschlossen ist, wenn der Beklagte schuldhaft die Möglichkeit einer Aufrechnung in erster Instanz versäumt hat. Es ist der klar erkennbare Zweck des Gesetzes, Prozeßverschleppungen durch schuldhaft verspätet vorgebrachte Aufrechnungserklärungen unter allen Umständen zu verhindern.

Wenn bereits während Anhängigkeit des Rechtsstreits die Aufrechnung gemäß § 529 Abs. 5 ZPO. ausgeschlossen wird, so liegt es außerordentlich nahe, mit der h. L. anzunehmen, daß nach Abschluß des Rechtsstreits durch rechtskräftige Entscheidung ein Ausschluß der Aufrechnung erst recht eintreten muß. Letzteres würde sich dadurch vollziehen, daß nach § 767 Abs. 2 ZPO. eine Vollstreckungsgegenklage auf eine nach Rechtskraft vollzogene Aufrechnung nicht gestützt werden kann.

§ 4. Die bedenklichen praktischen Ergebnisse bei Unzulässigkeit einer Vollstreckungsgegenklage auf Grund einer Aufrechnung nach Rechtskraft.

Wer sich der Auffassung, daß eine privatrechtliche Aufrechnung gegen eine rechtskräftig zugesprochene Aufrechnungsforderung unzulässig ist, anschließt, muß zugeben, daß die Vorschrift des § 767 Abs. 2 ZPO. einen bedeutsamen Einbruch in das materielle Aufrechnungsrecht bedeutet. Der

13) Geib in Zeitschrift für Zivilprozeß 22 S. 552.
14) RG. in JW. 93 S. 348 Ziffer 24.

Kläger erlangt nach jener Anschauung eine ganz selbständige, endgültige Verurteilung des Beklagten, ohne daß diesem die Verhinderung der Vollstreckung im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage möglich ist. Dies Ergebnis steht mit dem materiellen Aufrechnungsrecht, das durch die Rechtskraft nicht berührt werden kann, im Widerspruch. Dem Beklagten ist die Möglichkeit, der Vollstreckung aus dem Urteil oder der Barzahlung der Urteilsforderung durch Verweisung des Klägers auf die Gegenforderung zu entgehen, endgültig abgeschnitten, ohne daß ein durchschlagender materiell-rechtlicher Grund hierfür ersichtlich ist. Ist es infolge § 767 Abs. 2 ZPO. mit der Aufrechnung vorbei, so hat der Beklagte lediglich die Möglichkeit, in einem neuen Prozeß die ehemals aufrechenbare Forderung geltend zu machen. Nach Erlangung eines vollstreckbaren Titels müßte er sich dann im Wege der Pfändung der eigenen Schuld von der Verbindlichkeit gegen den Vollstreckungsgläubiger befreien. Es bestehen allerdings wesentliche Unterschiede zwischen dieser Art der Rechtsverfolgung des Vollstreckungsschuldners und der Geltendmachung der Tilgung der Urteilsschuld infolge erklärter Aufrechnung im Wege der Klage aus § 767 ZPO. Die Klage aus der eigenen Forderung gegen den Vollstreckungsgläubiger hätte nur dann Aussicht auf Erfolg, falls diese nicht inzwischen bereits verjährt ist, während bei Bestehenbleiben des Aufrechnungsrechts die nach dessen ersten Eintritt vollendete Verjährung nichts mehr schaden würde (§ 390 Abs. 2 BGB.). Man denke ferner an die Aufrechnung des beklagten Schuldners gegenüber dem klagenden Zessionar mit einer Gegenforderung gegenüber dem Zedenten (§ 406 BGB.). Klageweise kann dieser Anspruch nur gegen den letzteren verfolgt werden. Wenn also der § 767 ZPO. wirklich die Aufrechnung beseitigt, das Recht auf Verwirklichung des Gegenanspruchs durch Aufrechnung in ein solches auf Realisierung durch Leistung verwandelt, würde für eine Klage gegen den alten Gläubiger auch im Sinne einer selbständigen Klage kein Raum mehr sein. Der frühere Beklagte wäre auf seinen Anspruch gegen den vielleicht mittellosen Zedenten beschränkt und der rechtspolitische Sicherungszweck des § 406 BGB. wäre infolge der prozeßtechnischen Maßnahmen des § 767 ZPO. vereitelt.

So hat die geschilderte Ansicht der h. L. bedeutende, sicherlich recht unerfreuliche praktische Ergebnisse. Dies ist schon ein Grund, sie einer Nachprüfung zu unterziehen. Die h. L. ist aber auch rein positiv-rechtlich nicht haltbar. Nicht schon durch Rechtskraft des Urteils, sondern erst durch die Vollstreckung desselben wird die Möglichkeit der Aufrechnung beseitigt. Erst durch Letztere tritt eine endgültige Tilgung des Klageanspruchs ein, die für eine weitere Vernichtung desselben durch Aufrechnung keinen Raum mehr läßt. Vom Standpunkt der h. L. sind unliebsame Entscheidungen unvermeidbar. Wenn man die Aufrechnung als Aufhebungsrecht gleich einer materiellen Einrede behandelt, so muß man sie folgerichtig auch dann für präludiert erachten, wenn die Aufrechnungsmöglichkeit den Berechtigten erst nach Verhandlungsschluß bekannt geworden ist, denn die Gründe der Einwendung lagen vor dem nach § 767 Abs. 2 ZPO. entscheidenden Zeitpunkt. Ebenso blieben schutzlos die Betrogenen und Bedrohten, die erst nach Verhandlungsschluß ihres Irrtums gewahr werden

oder der Zwangslage entrinnen. Um dieses Ergebnis zu vermeiden, hat Lippmann [1]) eine Stützung der Vollstreckungsgegenklage auf Aufrechnung nur dann nicht mehr für zulässig erachtet, wenn das Recht zur Aufrechnung vor der letzten mündlichen Verhandlung bestanden hat und dies dem Beklagten bekannt war.

Wir haben jedoch oben dargelegt, daß die Zulassung der Vollstreckungsgegenklage von einer unverschuldeten Unkenntnis des Aufrechnungsrechts nicht abhängig gemacht werden kann. Entweder die Aufrechnung ist bedingungslos ausgeschlossen oder bedingungslos zugelassen, einen Kompromiß durch Berücksichtigung des Verschuldens dürfen wir in die eindeutig nur die „Entstehung der Gründe der Einwendung" berücksichtigende Bestimmung der Prozeßordnung nicht hineintragen.

Die Vertreter der h. L. verfahren außerdem willkürlich, denn sie behandeln z. B. die Anfechtung grundverschieden, je nachdem sie unter den Prozeßparteien oder unter Dritten zu erklären ist. Klagt der Zessionar, so soll es dem Beklagten nicht schaden, wenn er dem Zedenten gegenüber nicht vor Verhandlungsschluß anficht. Wird der Schuldübernehmer verklagt, so soll es diesen nicht präjudizieren, wenn der Urschuldner erst nach Verhandlungsschluß anficht. Klagt dagegen der Urgläubiger gegen den Urschuldner, so soll die Anfechtung ausgeschlossen sein, wenn dieser jenem nicht vor Streitschluß die Anfechtung erklärt, und sich hierauf im Prozeß mit Erfolg beruft. Das ist eine in der Sache durchaus nicht begründete unterschiedliche Behandlung wesentlich gleichliegender Fälle [2]). Ebenso unbegründet ist das verschiedene Ergebnis der h. L. in dem Falle, daß nicht der Schuldner, sondern der Gläubiger nach Rechtskraft des Urteils aufrechnet. Hier erachtet die h. L. die Vollstreckungsgegenklage für gegeben, auch dann, wenn sich die Forderungen vor Schluß der nach § 767 ZPO. maßgebenden Verhandlung des Vorprozesses zur Aufrechnung geeignet gegenüberstanden, denn „der Gläubiger wäre sonst in der Lage, die durch seine eigene Handlung erloschene Forderung zu vollstrecken" [3]).

Von Tuhr macht geltend, der Ausschluß der Aufrechnung durch § 767 Abs. 2 ZPO. könne schon deshalb angenommen werden, weil die Folgen unerheblich seien. Der verurteilte Schuldner erleide keinen endgültigen Verlust, weil er die zur Aufrechnung ausgeschlossene Forderung immer noch geltend machen könne. Von Tuhr übersieht jedoch, daß der Schuldner in vielen Fällen ein dringendes Interesse daran hat, aufzurechnen. Er vermeidet nur so die unangenehmen Folgen einer gegen ihn durchgeführten Zwangsvollstreckung und ist nicht darauf angewiesen, seine eigene Forderung im Wege der Klage gegen den vielleicht vermögenslosen Vollstreckungsgläubiger durchzusetzen. Von Tuhr erkennt andererseits bei den übrigen Gestaltungsrechten (Anfechtung, Rücktrittsrecht, Wandelung) an, daß ein Ausschluß durch § 767 Abs. 2 ZPO. im Widerspruch steht nicht nur mit der Struktur der Aufhebungsrechte im BGB., sondern auch mit den Anforderungen der materiellen Gerechtigkeit [4]).

---

1) Lippmann in Jherings Jahrb. Bd. 32 S. 233.
2) Reichel in der Festschrift für Wach. Bd. 3 S. 26.
3) JW. 1902 S. 532.
4) v. Tuhr: Allgemeiner Teil, Bd. 1 S. 199.

Der Standpunkt der h. L. führt, wie wir gesehen haben, zu unerfreulichen praktischen Ergebnissen. Da es der Sinn einer Gesetzesvorschrift der Prozeßordnung sein muß, eine zweckmäßige Gestaltung des Rechtsstreits herbeizuführen, und dem begründeten Rechtsschutzbedürfnis der Parteien Rechnung zu tragen, so besteht für uns die Pflicht, die Ansicht in Lehre und Praxis, welche eine auf Aufrechnung gestützte Vollstreckungsgegenklage für unzulässig erachtet, einer genauen Prüfung zu unterziehen, um festzustellen, ob nicht der Zweck des § 767 Abs. 2 ZPO. die entgegengesetzte Auffassung rechtfertigt und erfordert.

§ 5. Für die Möglichkeit der Stützung einer Vollstreckungsgegenklage auf eine in der Vollstreckungsinstanz vollzogene Aufrechnung sprechen:

1. der Wortlaut des § 767 ZPO.

Die Ansicht, die eine Aufrechnung auch gegen eine durch rechtskräftiges Urteil zugesprochene Forderung zuläßt, erachtet den Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung als für die Entstehung der Einwendung maßgebend. Sie stützt sich insofern auf den Wortlaut des § 767 ZPO., als gemäß dieser Vorschrift Einwendungen nachgeholt werden können, wenn „die Gründe, auf denen sie beruhen, nach dem Schluß der letzten mündlichen Verhandlung entstanden sind". Fr. Leonhard [1]) führt aus, daß es wohl genügen müsse, wenn z. Zt. des Prozesses auch nur ein Grund fehlte. Da nun erst die Aufrechnungserklärung die Tilgung der Ansprüche vollziehe und den Einwand zur Vollendung bringe, so müsse die Aufrechnung nach dem Urteil noch wirksam nachgeholt werden können. Diese Auslegung des Wortlauts des § 767 ZPO. ist m. E. allein zutreffend. Die Gegenansicht, welche die Aufrechnungssituation für genügend erachtet, verkennt die einschneidende Bedeutung, die der Aufrechnungserklärung zukommt. Die Aufrechnungserklärung, ebenso wie die Anfechtungserklärung, verändert die bisherige Rechtslage völlig. Bis die Aufrechnung erklärt ist, liegt bloß die Möglichkeit vor, daß die derzeitige Rechtslage künftighin eine Veränderung erfahren werde. Diese Möglichkeit ist aber keine Tatsache, die vom Aufrechnungsberechtigten im Prozeß schon jetzt geltend gemacht werden könnte. Hat doch das Gesetz sich nicht einmal dazu entschlossen, dem Aufrechnungsberechtigten insolange eine verzögerliche Einrede zu geben. Die Aufrechnungseinwendung hat zwei notwendige Voraussetzungen: die Aufrechnungssituation und die Geltendmachung der Aufrechnung durch den Beklagten. Solange nur die eine Bedingung vorliegt, ist die Forderung gegen die aufgerechnet werden kann, lediglich in ihrem Bestande gefährdet, rechtlich aber noch unangetastet. Kohler [2]) sagt treffend: Das Nebeneinanderstehen der Forderungen bewirkt nur ein gegenseitiges Schach, das erst mit dem Moment der Aufrechnungserklärung zum Matt führt. Es kann keine Rede davon sein, daß die Aufrechnung bei Gefahr der Verwirkung schon im Hauptprozeß geltend gemacht werden müßte. Wer das Gegenteil annimmt, setzt, wie Reichel [3]) ausführt, die prozessuale Nichtgeltend-

1) Leonhard: Die Aufrechnung S. 156.
2) Kohler in Z.Zpr. Band 24 S. 35.
3) Reichel in Festschr. für Wach Band 3 S. 26.

machung der nicht erklärten Aufrechnung der prozessualen Nichtgeltendmachung der erklärten Aufrechnung offenbar gleich. Im ersteren Fall kommt jedoch der Komplex von Voraussetzungen, der eine bestimmte Einwendung erzeugt, gar nicht zur Entstehung; durch die Aufrechnungserklärung wird ja erst die Lage geschaffen, kraft welcher man dem Gegner erfolgreich entgegentreten kann. Erst durch die Erklärung wird der Tilgungserfolg herbeigeführt, erst mit ihr wird der Einwand existent.

Will daher der Beklagte nach rechtskräftigem Urteil die Aufrechnungserklärung nachholen, so wird er sich gerade darauf stützen, daß z. Zt. des maßgebenden Termins die Gründe seines Einwandes noch nicht entstanden waren, denn erst mit der Aufrechnungserklärung sind die notwendigen Voraussetzungen seiner Verteidigung erfüllt worden.

Den Wortlaut des § 767 Abs. 2 ZPO. kann deshalb die h. L. für ihre Ansicht nicht ins Feld führen. Bis zur Aufrechnungserklärung fehlt ein Grund, und zwar der wichtigste Grund für die Einwendung der Aufrechnug. Das hängt mit der Konstruktion der Aufrechnung im BGB. zusammen [4]). Nach den für die Aufrechnung in Anwendung zu bringenden Vorschriften des B. G. B. ist die Aufrechnung ein einseitiges, auf die Aufhebung der einander gegenüberstehenden Forderungen gerichtetes Rechtsgeschäft. Somit ist die Erklärung der Aufrechnung der tilgende Akt, und es ist für die Anwendung des § 767 Abs. 2 ZPO. dem Wortlaut nach allein der Zeitpunkt der Erklärung, der in diesem Fall nach dem Schluß der entscheidenden mündlichen Verhandlung liegt, maßgebend.

Man wird jedoch dem Wortlaut des § 767 Abs. 2 ZPO. keine ausschlaggebende Bedeutung beimessen können. Die Einwendung der Aufrechnung ist ein ganz besonders gearteter Fall, der besondere Behandlung verdient. Durch die Zivilrechtskodifikation im BGB. ist die Rechtsfigur der Aufrechnung wesentlich umgestaltet, und es ist sicher wahrscheinlicher, daß der neue Aufrechnungsbegriff nicht in die ungeänderten Formen des Prozeßrechts hineinpaßt, als daß die umgestaltete Rechtsfigur restlos in einer Materie aufgeht, die ohne Rücksicht auf dieselbe geschaffen worden ist.

Maßgebend für die Auslegung des § 767 ZPO. ist in erster Linie der rechtspolitische Zweck, der ihm zugrunde liegt.

Die h. M. macht gegen die Zulassung der Vollstreckungsgegenklage geltend, daß die Auffassung, die den Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung für maßgebend hält, dazu führen würde, daß dem Schuldner die nachträgliche Geltendmachung der Aufrechnung auch dann zu gestatten wäre, wenn sie im Vorprozeß nur deshalb unterblieben sei, weil sie der Schuldner nicht hat erklären wollen [5]).

2. das Fehlen einer Prozeßverschleppungsabsicht im Regelfall infolge der Pflicht zur Zahlung der Kosten des Hauptprozesses, der Umständlichkeit der Vollstreckungsgegenklage und der eventuellen Annahme eines Verzichts auf das Gestaltungsrecht.

Die Bedenken der h. L. hinsichtlich der Gefahr einer Prozeßverschleppung sind jedoch nicht begründet. Zwar wäre es, wenn der Sachverhalt

4) Planck:Kommentar zum BGB. Band 2 S. 173.
5) Stein-Jonas: Kommentar zur ZPO. § 767 II 1.

in der überwiegenden Anzahl der Fälle, in denen eine Aufrechnungserklärung nach Rechtskraft des Urteils nachgeholt wird, wirklich so läge, wie die h. L. es darstellt, allerdings ein Ergebnis, das praktisch nicht befriedigt. Der Beklagte wird jedoch im Regelfall aus einem anderen Anlaß mit seiner Aufrechnungserklärung zurückhalten bis nach Rechtskraft der Entscheidung des Hauptprozesses, etwa weil er vom Bestehen einer aufrechenbaren Gegenforderung erst nachträglich Kenntnis erlangt, oder weil er den klägerischen Anspruch aus anderen triftigen Gründen für unbegründet hält [6]).

Es muß der h. L. zugegeben werden,daß die Zulassung einer Vollstreckungsgegenklage auf Grund einer lediglich aus Schikane bis dahin zurückgehaltenen Aufrechnungserklärung der offensichtlich im Sinne des § 767 ZPO. liegenden scharfen Umgrenzung dieser Klage widerspricht. Allerdings will die h. L. in dem wesentlich ähnlichen Fall, daß der Vollstreckungsgläubiger die Urteilsforderung durch Aufrechnung zum Erlöschen bringt das Resultat einer Zulassung der Vollstreckungsgegenklage nicht als mit dem Prinzip der scharfen Abgrenzung der Vollstreckungsgegenklage im Widerspruch stehend anerkennen. Ein Unterschied bezüglich der Aufrechnungssituation bei den Forderungen, bezüglich des Entstehungszeitpunkts der Einwendung und der rückwirkenden Vernichtung der zur Aufrechnung gebrachten Forderungen im Gegensatz zum Fall der nachträglichen Aufrechnungserklärung des Schuldners ist aber zweifellos nicht feststellbar.

Auch die anderen Gründe, mit denen die h. L. ihre Ansicht verteidigt, sind nicht stichhaltig.

Das praktische Bedenken eines schikanösen Verhaltens des Beklagten besteht deshalb nicht, weil jeder Schuldner ein erhebliches rechtliches Interesse daran hat, seine Aufrechnung schon während des Rechtsstreits vorzunehmen. Er spart so den Umweg der Klage nach § 767 ZPO. Das bietet zweifellos einen gewissen Schutz gegen einen Mißbrauch des Aufrechnungsrechts. Für sich allein ist diese Tatsache jedoch nicht ausreichend, denn sie würde bei allen Einwendungen durchgreifen. § 767 Abs. 2 ZPO. wäre also eigentlich überflüssig, die umständliche Klage würde schikanöses Verhalten ja genügend beschränken. Es kommt aber ergänzend hinzu, daß der Schuldner die Kosten des Vorprozesses zu tragen hat.

Zwar könnte man daran denken, dem Kläger nach erfolgreicher Vollstreckungsgegenklage des Beklagten die Kosten des Hauptprozesses aufzuerlegen, weil die Aufrechnung zurückwirkt auf den Zeitpunkt, in dem die Forderungen einander aufrechenbar gegenüberstanden, und demzufolge der vorher durchgeführte Rechtsstreit ex tunc gegenstandslos wird. Die Aufrechnung würde also bewirken, daß der Kläger des Vorprozesses nachträglich zur unterliegenden Partei wird, weil er sein eigenes Aufrechnungsrecht nicht ausübte, sondern unter Außerachtlassung desselben den Prozeß durchführte.

Die rückwirkende Kraft der Aufrechnung gilt aber in Wahrheit für die prozessuale Behandlung der Aufrechnung nicht. Außerdem ist es nicht für alle Fälle richtig, daß der Kläger hätte aufrechnen können. Jedoch

6) RG. in JW. 93 S. 348.

auch soweit letzteres richtig ist, hat doch nicht der Kläger, sondern der Beklagte von seinem, mit dem des Klägers nicht identischen Aufrechnungsrechte Gebrauch gemacht. Das hätte er vor Schluß des Hauptprozesses tun können, wenn er es nicht getan hat, so darf er die Folgen davon sinngemäß nicht dem Kläger aufbürden. Gegen diese Auffassung kann § 93 ZPO. nicht angeführt werden. Vielleicht hatte der Kläger ein berechtigtes Interesse daran, von seinem Aufrechnungsrechte noch keinen Gebrauch im Hauptprozeß zu machen, weil seine Forderung die höher verzinsliche war. Wie ihm sein nicht ausgeübtes Aufrechnungsrecht nicht das Klagerecht nimmt, so m. E. auch nicht die Klagveranlassung. Die Klage erhebt man als Gläubiger, während man als Schuldner aufrechnet. Unmöglich kann die Befreiungsmöglichkeit durch Aufrechnung der Geltendmachung des mit der Schuld in keinerlei Zusammenhang stehenden Gläubigerrechts entgegengehalten werden.

Zu der Pflicht des Schuldners, die Kosten des Vorprozesses zu tragen und der Unbequemlichkeit einer besonderen Vollstreckungsgegenklage für den Schuldner kommt wesentlich hinzu, daß der Schuldner, der ein ihm bekanntes Gestaltungsrecht (etwa eine Anfechtung nach § 123 BGB.) nicht ausübt, sich der Gefahr aussetzt, daß der Richter dieser Unterlassung der Anfechtungserklärung im Prozeß die Bedeutung einer Bestätigung des Geschäfts gemäß § 142 BGB., bezw. eines stillschweigenden Verzichts auf das Gestaltungsrecht beimißt. Ob der Richter es tut, ist Tatfrage. Die Bejahung der Frage wird oft nahe genug liegen. Sie ist aber nur dann statthaft, wenn feststeht, daß dem Beklagten das Vorhandensein des Gestaltungsrechts schon vor Verhandlungsschluß bekannt war. Weiß der Beklagte etwa, daß er zu dem Rechtsgeschäft, aus dem er jetzt in Anspruch genommen wird, durch arglistige Täuschung bestimmt worden ist, und nimmt er die Anfechtung erst nach Erlaß des Urteils vor, obwohl er imstande war, dies vor Schluß der letzten mündlichen Verhandlung zu tun, so muß der Richter aus seinem Verhalten im Prozeß schließen, daß der Betrug des Klägers beim Abschluß des Geschäfts für ihn nicht bestimmend war.

Das Bedenken, daß der Beklagte von einem ihm zustehenden Gestaltungsrecht aus Schikane erst nach Erlaß des Urteils Gebrauch machen werde, ist aus den angegebenen Gründen, der Pflicht zur Tragung der entstandenen Prozeßkosten und der eventuellen Annahme eines stillschweigenden Verzichts auf das Gestaltungsrecht nicht gerechtfertigt.

3. die Unmöglickkeit einer Prozeßverschleppung bei Entscheidungsreife der Gegenforderung und die Unanwendbarkeit des § 529 Abs. 5 ZPO. in einem solchen Falle.

Der bedeutsamste Grund, den die h. M. dafür anführen kann, daß eine Vollstreckungsgegenklage auf eine nach Rechtskraft vollzogene Aufrechnung nicht gestützt werden kann, ist die Vorschrift des § 529 Abs. 5 ZPO.

Es ist zu prüfen, ob diese Gesetzesbestimmung bedenkenfrei eine dahingehende Auslegung des § 767 Abs. 2 ZPO. rechtfertigt, daß die Aufrechnung in der Vollstreckungsinstanz unter allen Umständen ausgeschlossen werde.

Die ZPO. ist bei den Vorschriften über die Beschränkung der Aufrechnung ebenso wie bei den Bestimmungen über prozeßhindernde Einreden und über Aufrechnung mit inkonnexen Gegenforderungen eindeutig von dem Bestreben nach Abwendung einer drohenden Verschleppung des Prozesses beherrscht. Stölzel [7]) hat von dieser Erkenntnis ausgehend, entgegen der h. L. als erster ausgeführt, daß die Schrankenziehung, die der § 529 ZPO. vornimmt, sich ausschließlich auf beweisdürftige Gegenforderungen bezieht. Diese sollen in der Berufungsinstanz nur dann zugelassen werden, wenn ihre unverschuldete Verspätung glaubhaft gemacht ist. Die Anwendung eines zur Abwehr drohender Verschleppungen bestimmten Mittels hat nur einen Sinn, wenn es sich um Fälle handelt, bei denen eine Verschleppung droht. Ist die Gegenforderung, mit der aufgerechnet wurde, spruchreif, so ist eine Prozeßverschleppung durch die Aufrechnung völlig unmöglich. Die Bestimmung des § 529 Abs. 5 ZPO. kann demzufolge nicht zum Zuge kommen, denn die Anwendung dieser Gesetzesvorschrift würde ihrerseits eine unbegründete Hinauszögerung der endgültigen Entscheidung zur Folge haben. Das verspätete Vorbringen einer auf eine entscheidungsreife Gegenforderung gestützten Aufrechnung bedarf also keiner Entschuldigung. Liquide Gegenforderungen fallen unter § 529 Abs. 5 ZPO. ebensowenig wie solche nicht-entscheidungsreife, bei denen ohne Glaubhaftmachung unverschuldete Verspätung feststeht. Die Bestimmung des § 529 Abs. 5 ZPO. hat lediglich den Zweck, unliebsame Prozeßverschleppungen, nicht aber die nächstliegende, schnellste und darum beste Prozeßerledigung auszuschalten [8]). Dieser Auslegung des § 529 ZPO. widerspricht Oertmann [9]). Er geht von dem m. E. unrichtigen Gesichtspunkt aus, das Gesetz verfolge nicht so sehr den Zweck, praktische Urteilsergebnisse zu fördern, sondern erstrebe in erster Linie, den Beklagten wegen seiner unentschuldigten Verspätung zu benachteiligen. Ist die Aufrechnungsforderung spruchreif, so kann dies der Zurückweisung der Aufrechnung nach der Ansicht Oertmanns nicht entgegenstehen. § 529 Abs. 5 ZPO. habe den Zweck, der Verschleppung von Aufrechnungseinwendungen entgegenzutreten und den damit säumigen Beklagten prozessual zu benachteiligen. Wer aber sogar eine liquide Aufrechnungsforderung nicht rechtzeitig vorbringe, verdiene solche Benachteiligung mindestens in gleichem Maße, wie wenn es sich um eine mehr oder minder problematische handele, denn er verschleppe dann ohne Not den Prozeß und mache ihn grundlos kostspielig.

Oertmann ist der Auffassung, daß i. S. Stölzels § 529 Abs. 5 ZPO. neben dem auch für die zweite Instanz geltenden § 145 ZPO. kaum noch Anwendung finden könne. Dies sei aber nicht der Fall, wenn man in dem § 529 Abs. 5 ZPO. mehr sehe als eine bloße Regulierung des Beweisverfahrens, nämlich eine Zwangsvorschrift im Interesse sachgemäßer Prozeßführung. Die allgemeine Vorschrift des § 300 trete hinter der Sondervorschrift des § 529 Abs. 5 ZPO. zurück.

7) Stölzel: Aufrechnung in der Berufungsinstanz S. 71, 82, 93.

8) Stein-Jonas: Kommentar zur ZPO. § 529 V 2. RGZ. Band 89 S. 18. RG. in Gruch. Band 63 S. 637; in Seuff.Arch. Band 66 S. 339. Baumbach: Kommentar zur ZPO. § 529 Anm. 5 B.

9) Oertmann: Aufrechnung im Zivilprozeß. § 14 Note 2 h S. 98.

Der Ansicht Oertmanns kann nicht zugestimmt werden. Die Verweisung einer völlig bedenkenfreien Gegenforderung in einen Sonderprozeß würde das Gegenteil von dem erreichen, was Oertmann glaubt erstreben zu müssen. Sie würde nämlich eine unzweckmäßige, kostspielige Hinauszögerung der endgültigen Entscheidung über die Rechtsbeziehungen zwischen den streitenden Parteien zur Folge haben. Von einer sachgemäßen Prozeßgestaltung könnte hier keine Rede sein.

Entgegen der Ansicht Oertmanns halten wir also daran fest, daß § 529 Abs. 5 ZPO. seinem Sinn und Zweck entsprechend keine Anwendung finden kann im Falle einer in zweiter Instanz geltend gemachten Aufrechnung mit einer entscheidungsreifen Gegenforderung. Die Ab- wie die Zuerkennung entscheidungsreifer Gegenforderungen fördert im höchsten Maße die Prozeßerledigung statt sie zu verzögern. Eine vernünftige Prozeßpolitik kann unmöglich für das nachträgliche Vorbringen solcher Gegenforderungen eine Entschuldigung der Verspätung durch Glaubhaftmachung erfordern.

So wenig der Zulassung inkonnexer entscheidungsreifer Gegenforderungen in erster Instanz wegen Gefahr der Prozeßverzögerung eine Schranke gesetzt wird, ist dies für die zweite Instanz geschehen bei verspäteten entscheidungsreifen Gegenforderungen.

Unsere Untersuchung hat zu dem Ergebnis geführt, daß selbst die einschneidende Bestimmung des § 529 Abs. 5 ZPO. in dem Bestreben, jede Prozeßverschleppung durch verspätete Aufrechnung auszuschließen, nicht soweit geht, eine Aufrechnungseinwendung, welche sich auf eine spruchreife Gegenforderung stützt, zurückzuweisen. Dies sogar dann nicht, wenn dem Schuldner die Glaubhaftmachung der Entschuldbarkeit der Verspätung mißlingen würde.

Wir werden unten (im § 9 unserer Ausführungen) näher darlegen, daß die Gefahr einer Prozeßverschleppung durch Zulassung der Vollstreckungsgegenklage nicht eintritt, da durch die Erhebung der Klage aus § 767 ZPO. allein der Fortgang der Vollstreckung aus dem Titel nicht beeinträchtigt wird. Ganz offenbar ist es jedoch durch das Bestreben der Vermeidung einer Prozeßverschleppung nicht zu rechtfertigen, daß der Vollstreckungsschuldner sogar im Falle einer unverschuldet verspäteten Aufrechnungserklärung auf Grund einer völlig entscheidungsreifen Gegenforderung mit seiner Einwendung in der Vollstreckungsinstanz ausnahmslos ausgeschlossen sein soll. Von der Gefahr einer Prozeßverschleppung kann hier unmöglich die Rede sein.

Das würde ganz besonders dann in Erscheinung treten, wenn der Vollstreckungsschuldner mit einer nicht nur liquiden, sondern sogar rechtskräftigen und vollstreckbaren Gegenforderung aufrechnet. Der materiellen Aufrechnung mit einem rechtskräftig zugesprochenen Anspruch stehen keine Bedenken entgegen, denn es sprechen weder äußere noch innere Gründe dafür, daß man eine Aufrechnungsbefugnis durch Erlangung eines Vollstreckungstitels nachträglich einbüße. Ebensowenig kann die rechtskräftige Feststellung einer Forderung nach § 256 ZPO. die Aufrechnungsfähigkeit des festgestellten Anspruchs nachteilig beeinflussen, sondern eher, sofern das möglich ist, steigern. So kommen z. B. die Maßnahmen

der §§ 145 und 302 ZPO. offenbar hier insoweit nicht in Betracht, als zu einer weiteren Untersuchung über eine bereits rechtskräftig festgestellte Forderung kein Raum bleibt. Das wäre nur insofern anders, als die Befugnis, mit der rechtskräftig festgestellten Forderung aufzurechnen, die „Defensivkraft" noch zweifelhaft sein kann. Die Klagforderung kann möglicher Weise nach Maßgabe der §§ 393, 394 BGB. zur Aufrechnung ungeeignet sein, oder der Kläger kann einen die Aufrechnungsbefugnis ausschließenden Vertrag behaupten. Ueber diese Fragen gibt die rechtskräftige Feststellung der Aufrechnungsforderung als solche keinen Aufschluß. Diese Zweifel bestehen jedoch nicht im Falle eines dem Vollstrekkungsschuldner gegen den Gläubiger rechtskräftig zugesprochenen und vollstreckbaren Leistungsanspruch, der dem gegen den Vollstreckungsschuldner gerichteten gleichartig ist. Hier wird durch die Aufrechnungserklärung des Vollstreckungsschuldners der materielle Anspruch des Gläubigers ganz zweifelsfrei getilgt. Der Vollstreckungsschuldner kann auch den einwandfreien Beweis für die Tilgung antreten, denn er hat ja den gegen den Gläubiger gerichteten Vollstreckungstitel, den er dem pfändenden Gerichtsvollzieher vorlegen könnte. Trotzdem hätte der Vollstrekkungsschuldner nach der h. L. keinerlei Möglichkeit, eine Vollstreckung des offenbar befriedigten Gläubigers zu verhindern. Der Weg der Vollstreckungsgegenklage stände ihm nicht offen, da die Aufrechnungsbefugnis schon vor dem gemäß § 767 Abs. 2 ZPO. maßgebenden Zeitpunkt vorhanden war. Auch eine Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 775 Ziffer 4 ZPO. könnte nicht erfolgen, da aus dem vollstreckbaren Titel gegen den Gläubiger sich nicht ergibt, daß der Vollstreckungsgläubiger nach Erlaß des zu vollstreckenden Urteils befriedigt ist. Zur Befriedigung muß vielmehr die Aufrechnungserklärung des Vollstreckungsschuldners hinzukommen. Für Letztere ist der Gerichtsvollzieher nicht der richtige Adressat, da ihm das Gesetz eine passive Vertretungsmacht in dieser Richtung nirgends zugebilligt hat. Der Vollstreckungsschuldner müßte demnach selbst in diesem Fall der Aufrechnung mit einer rechtskräftigen, vollstreckbaren Gegenforderung die offensichtlich ungerechtfertigte Vollstrekkung seitens des Vollstreckungsgläubigers dulden. Daß dies Ergebnis außerordentlich unbefriedigend ist, liegt auf der Hand.

§ 6. Rechtsbehelfe des Vollstreckungsschuldners zwecks Abwendung der Vollstreckung bei Unzulässigkeit der Klage aus § 767 ZPO.:

1. Klage auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung des Urteils (§ 371 BGB.).

Die Tatsache, daß man auch wenn man sich der h. L. anschließt, und die Zulässigkeit der Vollstreckungsklage durch Auslegung des § 767 ZPO. ablehnt, auf Umwegen zu dem Ergebnis gelangt, daß die Zwangsvollstrekkung aus einem Urteil verhindert werden kann, gegen das aufgerechnet worden ist, muß für uns einen weiteren schwerwiegenden Anlaß darstellen, die Möglichkeit einer Vollstreckungsgegenklage zu bejahen.

Warum soll man den Umweg über die Klage auf Herausgabe des Vollstreckungstitels oder die Klage auf Unterlassung der Zwangsvollstreckung

erfordern, wenn die Vollstreckungsgegenklage wesentlich zweckmäßiger zum gleichen Ziel führt, und der Sinn des § 767 ZPO. dieser Auslegung nicht entgegensteht.

Es fragt sich allerdings, ob wirklich die Klage auf Herausgabe der vollstreckbaren Urteilsausfertigung zum gleichen Ergebnis führt, wie die Vollstreckungsgegenklage.

Kann der Vollstreckungsschuldner auf Grund erklärter Aufrechnung gegen die Urteilsforderung die Herausgabe des Titels überhaupt verlangen? Daß der Gerichtsvollzieher im Falle freiwilliger Zahlung der Urteilsschuld dem Vollstreckungsschuldner die Ausfertigung herauszugeben habe, bestimmt § 757 ZPO. Das ist jedoch nur eine öffentliche Amtspflicht des Gerichtsvollziehers, die mit der von uns zu prüfenden privatrechtlichen Herausgabepflicht des Vollstreckungsgläubigers nichts zu tun hat. Die letztere ist jedenfalls aus dem Wortlaut der ZPO. nicht zu entnehmen, und wurde daher besonders früher überwiegend verneint. Bleibt aber der Gläubiger im Besitz der vollstreckbaren Ausfertigung, so besteht für den Schuldner, der die Klagforderung durch Zahlung oder Aufrechnung getilgt hat, fortgesetzt die Gefahr, daß aus dem alten Titel mit Vollstreckungsmaßnahmen gegen ihn vorgegangen wird, und daß er dann den wegen Länge der verflossenen Zeit vielleicht schwierigen Beweis der Tilgung des Anspruchs führen müßte. Das schutzwürdige Interesse des Schuldners spricht also dringend für die Zuerkennung eines solchen Rechts auf Herausgabe des Titels, und dieses wird denn auch heute in Wissenschaft und Rechtsprechung als gegeben angenommen [1]).

Zweifelhaft ist jedoch der rechtliche Gesichtspunkt, der geeignet ist, das Mittel zur Beseitigung des das Vermögen des Schuldners gefährdenden Zustandes zur Verfügung zu stellen.

Es kann sich keinesfalls um eine Vollstreckungsgegenklage handeln, denn nicht die Beseitigung des Urteils oder auch nur seiner Vollstreckbarkeit steht in Frage, sondern nur die Herausgabe dieses konkreten Exemplars des Vollstreckungstitels als ein einfacher Leistungsanspruch. Die Geltendmachung derselben ist demnach auch nicht an die Zuständigkeitsvorschrift des § 767 ZPO. gebunden.

Wie wir festgestellt haben, läßt sich ein Herausgabeanspruch des Schuldners gegen den Vollstreckungsgläubiger nicht auf den § 757 ZPO. stützen, denn das Gesetz legt hier nur eine öffentliche Amtspflicht des Gerichtsvollziehers fest. Aus diesem Grunde kann auch durch eine weitherzige Auslegung des § 757 ZPO. der Anspruch des Vollstreckungsschuldners nicht begründet werden, denn dieser Paragraph hat zwar den erkennbaren und in der Begründung auch ausgesprochenen Zweck der Sicherung des Schuldners, aber die öffentlich rechtliche Dienstvorschrift und die privatrechtlichen Rechtsverhältnisse an der Urkunde sind von einander ganz unabhängig.

Jacobi [2]) führt aus, die Klage mit der die vollstreckbare Urteilsaus-

1) Stein-Jonas: Kommentar zur ZPO. § 724 I 4 Anm. 7. (Vergl. dort die weitere Literatur und Rechtsprechung.)

2) Jacobi: Die Rechte des Sondernachfolgers in die Rechte aus dem Urteil auf Herausgabe der vollstreckbaren Urteilsausfertigung in ZPR. Band 25 S. 477.

fertigung vom Schuldner herausgefordert werden könne, sei die condictio sine causa, denn habe der Schuldner die Urteilsforderung getilgt und bliebe der Titel in den Händen des Gläubigers, so hätte dieser die Chance, die Schuld doppelt beizutreiben. Es befinde sich ohne rechtfertigenden Grund ein Vollstreckungstitel im Vermögen des Beklagten. Der Kläger begehre vom Richter, daß dieser denselben in rechtsnormierender Tätigkeit vernichte.

Hiergegen ist aber einzuwenden, daß es zunächst an einer Bereicherung fehlt, wie sie die Voraussetzung einer condictio sine causa ist, denn die Bereicherung muß eine Vermögensvermehrung sein, die Möglichkeit zu einer solchen zu gelangen, genügt nicht. Sodann aber ist erforderlich, eine Bereicherung aus fremdem Vermögen, d. h. eine Bereicherung, die das Vermögen einer andern verringert, oder die Vermehrung desselben verhindert. Es ist mit andern Worten ein Erwerb des Bereicherungsschuldners aus dem Vermögen des Bereicherungsgläubigers nötig, woran es hier ebenfalls mangelt, denn ein prozessuales Recht, welches das Vermögen eines andern bedroht, verringert weder dessen Vermögen noch hindert es dessen Vermehrung [3]). Auch die Analogie des § 2263 BGB. ist fernliegend. Diese Gesetzesvorschrift setzt einen Streit zwischen einem wirklichen und einem angeblichen Rechtsträger voraus, an dem es hier fehlt.

Dagegen ist der Anspruch des Vollstreckungsschuldners, der die Urteilsforderung durch Aufrechnung getilgt hat, auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung gegen den Gläubiger durch einen Analogieschluß oder besser noch ein argumentum a fortiori aus § 371 BGB. durchaus befriedigend zu begründen [4]).

Der § 371 BGB. ist zwar dem Titel über Erfüllung eingegliedert, aber es unterliegt keinem Zweifel, daß damit die volle Tragweite des Anspruchs nicht erschöpft ist. Wollte man ihn ausschließen, wenn der Schuldner statt zu erfüllen den Weg der Hinterlegung oder der Aufrechnung eingeschlagen hat, so wäre der Schuldner eines notwendigen Schutzes beraubt, obwohl er im Uebrigen durch die Hinterlegung oder die Aufrechnung von seiner Verbindlichkeit vollgültig befreit wird (§§ 378, 389 BGB.).

In der Literatur [5]) trägt man daher mit Recht keine Bedenken, die Fälle der sogenannten Erfüllungssurrogate denen der eigentlichen Erfüllung gleichzustellen.

Nach § 371 BGB. kann der Schuldner nach Tilgung der Forderung, wenn über diese ein Schuldschein ausgestellt war, Rückgabe desselben verlangen. Aus diesem Rückforderungsrecht zur Sicherung gegen nochmalige Geltendmachung des Anspruchs ist zu entnehmen, daß dem Schuldner umsomehr auch das Recht zu gewähren ist, von seinem befriedigten Gläubiger Herausgabe des Vollstreckungstitels zu verlangen, da ihm im Falle der Verbleibens des Titels in den Händen des Gläubigers nicht nur nochmalige Geltendmachung der Forderung, sondern auch sofortige Zwangsvollstreckung droht. Alle Gründe, die es unerwünscht machen,

3) Pagenstecher: Lehre von der materiellen Rechtskraft S. 83.
4) Stein-Jonas: Kommentar zur ZPO. zu § 724 Anm. 7; Hellwig-Oertmann: System des Zivilprozesses II S. 208.
5) Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Schuldverhältnisse § 287 I 2; Leonhard: Allgemeines Schuldrecht § 305 S. 593.

den Schuldschein nach getilgter Schuld noch beim Gläubiger zu belassen, treffen hier erst recht zu. Die Gewährung des Rechts auf Rückgabe des Titels ist eine notwendige Folge der Vorschriften der ZPO., wonach ohne Zeitbeschränkung die Zwangsvollstreckung auf Grund einer vollstreckbaren Ausfertigung erfolgt [6]).

Man kann nicht dagegen einwenden, daß es einer Herausgabe nicht bedürfe, weil § 775 Ziff. 4 ZPO. den Vollstreckungsschuldner genügend schütze. Der Anspruch auf Befriedigung aus einer vollstreckbaren Ausfertigung unterliegt der ordentlichen Verjährung (§ 218 BGB.). Es könnte, wenn der Gläubiger nach vielen Jahren mit Vollstreckungsmaßnahmen vorginge, für den Schuldner schwierig sein, den Beweis der Tilgung noch zu führen, wenn er auch vor Jahren eine Urkunde in Händen gehabt hat, durch deren sofortige Vorlegung er eine Einstellung der Vollstreckung gem. § 775 ZPO. hätte herbeiführen können. Es darf von dem Schuldner nicht verlangt werden, daß er während so langer Zeit geeignete Urkunden zur Verteidigung gegen die Zwangsvollstreckung in steter Bereitschaft hält.

Die Befugnis, den vollstreckbaren Titel nach Tilgung des Urteilsanspruchs durch Aufrechnung vom Gläubiger herauszuverlangen, bedeutet demnach für den Schuldner einen wichtigen und unentbehrlichen Rechtsbehelf.

2. Klage auf Feststellung des Nichtbestehens der zu vollstreckenden Forderung (§ 256 ZPO.).

Außer der Klage auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung kann der Vollstreckungsschuldner gemäß § 256 ZPO. Klage auf Feststellung des Nichtbestehens der Forderung des Gläubigers erheben. Das rechtliche Interesse an der Feststellung, daß ein Anspruch des Gläubigers gegen ihn auf Grund des Titels nicht mehr bestehe, ist stets gegeben. Für diese Klage gilt allerdings weder die Zuständigkeitsvorschrift des § 767 ZPO., noch die Einstellung der Vollstreckung gemäß § 769 ZPO., denn die Vollstreckungsgegenklage ist prozessual ein besonderes Gebilde. Sie bezweckt den richterlichen Ausspruch, daß die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil unzulässig sei, und diese Richtung auf die Unzulässigkeit gegenwärtiger oder zukünftiger Zwangsvollstreckung ist ihr wesentlich.

Der Anspruch, der mit einer Klage auf Feststellung des Nichtbestehens des materiellen Anspruchs geltend gemacht wird, ist damit nicht identisch. Für die Vollstreckungsgegenklage ist die negative Feststellung des Nichtbestehens des materiellen Anspruchs weder erforderlich noch genügend [8]). Die Klage aus § 767 ZPO. kann daher, weil sie eine andere Aufgabe hat, nicht schon dadurch, daß sie für den Zweck des nachträglichen Wegfalls der Urteilsschuld ausschließlich gegeben ist, der Erhebung einer negativen Feststellungsklage aus § 256 ZPO. entgegenstehen. Auch enthält weder das Gesetz einen Anhalt, noch spricht die Natur der Sache dafür, daß durch Zulassung der Vollstreckungsgegenklage jede andere Geltendmachung nachträglich eingetretener Befreiungstatsachen ausgeschlossen sein

6) RG. in Gruch. Band 41 S. 1151. Neukamp: Kommentar zur ZPO. Anm. 1 zu § 757.
7) OLG. Dresden in Rspr. Band 7 S. 53.
8) Gaupp-Stein: Kommentar zur ZPO. § 767 1 S. 467.

sollte. An den im § 767 ZPO. gewiesenen Weg kann die Geltendmachung schon deshalb nicht ausschließlich gebunden sein, weil nach der mit Erfolg durchgeführten Vollstreckung, dieser Weg nicht mehr gangbar wäre. Daß in dem früheren Urteil bereits über den materiellen Anspruch entschieden ist, steht der negativen Feststellungsklage nicht entgegen, denn diese frühere Entscheidung wird von der neuen Klage überhaupt nicht in Zweifel gezogen, sondern auf Grund späterer, rechtserheblicher Tatsachen wird die Feststellung verlangt, daß der vom Urteil festgesetzte Anspruch nachträglich ganz oder z. T. untergegangen sei, und darum jetzt nicht mehr bestehe. Das Reichsgericht hat sich auch für die Zulässigkeit einer an § 767 ZPO. nicht gebundenen, selbständigen Klage aus § 256 ZPO. ausgesprochen [9]).

§ 7. Einstweilige und schleunige Rechtsbehelfe des Vollstreckungsschuldners zur Abwendung oder Einstellung von Vollstreckungsmaßnahmen aus dem Titel:

1. Einstweilige Anordnung der Vollstreckungseinstellung.

Von sehr großer Bedeutung für den Vollstreckungsschuldner ist die Frage, ob er in der Zwischenzeit bis zum Erlaß des Urteils über die Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung oder die Feststellung des Nichtbestehens der Schuld sich irgendwie gegen eine Vollstreckung von Seiten des Gläubigers schützen kann.

Praktisch wird der Fall namentlich so liegen, daß nach erfolgter Pfändung der Schuldner die weitere Vollstreckung, d. h. wenigstens die Versteigerung bis zur Erledigung des Rechtsstreits verhindern will.

Die Frage nach einstweiligen und schleunigen Rechtsbehelfen ist es also, die einer näheren Prüfung bedarf.

Dem Gericht ist in verschiedenem Umfange die Befugnis verliehen, durch einstweilige Anordnungen die Zwangsvollstreckung zu hemmen. Diese Einstellungsmaßnahmen innerhalb der Zwangsvollstreckung sind in den §§ 707, 719, 732, 766 u. 769 ZPO. ausschließlich geregelt. Es ist das Wesen der einstweiligen Anordnungen, daß sie sich befehlend an den Gerichtsvollzieher wenden, und unmittelbar von dem Vollstreckungsgericht ausgehen. Beim Erlöschen der Urteilsschuld durch Aufrechnung liegt kein Fall vor, in welchem das Gesetz eine solche einstweilige Anordnung zuläßt. Da die ZPO. die Fälle einzeln aufführt, in denen das Vollstreckungsgericht durch eine einstweilige Anordnung in den Gang der Vollstreckung eingreifen kann, so wird dem Vollstreckungsschuldner, der nach Rechtskraft die Aufrechnung erklärt, durch eine einstweilige Anordnung nicht geholfen werden können.

2. Einstweilige Verfügung auf Einstellung der Vollstreckung.

Es fragt sich, ob man nicht im Wege einer einstweiligen Verfügung dem dringenden Schutzbedürfnis des Vollstreckungsschuldners Rechnung tragen kann.

9) RGZ. Band 100 S. 123; RG. in JW. 05 S. 83 f.; RG. in Seufferts Archiv Band 60 S. 206.

Man muß die einstweiligen Anordnungen scharf von den einstweiligen Verfügungen der §§ 935 ff. ZPO. trennen, denn es bestehen erhebliche Unterschiede sowohl hinsichtlich der Zuständigkeit als auch des Verfahrens und der Anfechtung. Außerdem richtet sich die einstweilige Anordnung als unmittelbare Anweisung an das staatliche Vollstreckungsorgan, während sich die einstweilige Verfügung an Private, an die Partei wendet.

Außerordentlich problematisch und bestritten ist die Frage, ob man die einstweilige Verfügung dazu benutzen darf, um unabhängig von den einstweiligen Anordnungen die Zwangsvollstreckung zu hemmen. Die h. L.[1]) ist der Auffassung, daß der Erlaß einer einstweiligen Verfügung zum Zweck der Hemmung der Vollstreckung unzulässig sei, da das Prozeßrecht in den einstweiligen Anordnungen ein besonderes Verfahren zwecks einstweiliger Regelung vorgesehen habe.

Einstweilige Anordnungen haben allerdings, das muß der h. L. zugegeben werden, in ihrem gesetzlichen Bereich die alleinige Herrschaft. Eine einstweilige Verfügung, die sie insoweit ersetzen oder verdrängen soll, ist gesetzwidrig. Soweit sich jener Bereich erstreckt, darf weder der Schuldner sich der einstweiligen Anordnung bedienen, um die Vollstreckungskraft des Titels zu hemmen, noch darf der Gläubiger sie benutzen, um die durch eine einstweilige Anordnung bewirkte Hemmung auf einem Umwege wieder zu beseitigen[2]). Kann jedoch der Weg der einstweiligen Verfügung beschritten werden, wenn der Erlaß einer einstweiligen Anordnung keinesfalls möglich ist? Die Antwort auf diese Frage hängt von der Bedeutung ab, die man der positiven Regelung der einstweiligen Anordnungen beilegt. Soll sie unbedingt die Grenze abstecken, innerhalb deren die Vollstreckungskraft eines Urteils gehemmt werden kann? Bejaht man diese Frage, so ist nicht nur eine entsprechende Anwendung der gesetzlichen Einstellungsfälle gegenüber einer drohenden oder schwebenden Zwangsvollstreckung ausgeschlossen, sondern dann darf auch eine Zwangsvollstreckung, die zu Ende geführt ist, nicht einstweilen um ihre tatsächlich eingetretene Wirkung gebracht werden.

Die h. L. vertritt diesen Standpunkt. Sie lehnt es ab, die §§ 707, 719 ZPO. auf andere als die unmittelbar geregelten Fälle auszudehnen, und weist die Rücksicht auf den Schutz des Schuldners in anderen Fällen ab.

M. E. ist diese starre Abgrenzung des Gebiets, in welchem sich die richterliche Hemmungsbefugnis gegenüber der Vollstreckbarkeit betätigen kann, nicht in vollem Umfang aufrecht zu erhalten. Die Frage, ob in die Vollstreckungswirkung eines Urteils noch eingegriffen werden darf, ist nicht schon deswegen zu verneinen, weil jene Regelung in den §§ 707, 719 ZPO. sich nicht damit befaßt. Eine entsprechende Anwendung der Vorschriften über die einstweiligen Anordnungen kommt allerdings nicht in Betracht. Da aber aus diesem Grunde der Tatbestand der Einstellung außerhalb ihres Bereichs liegt, und so ein Widerspruch mit ihnen nicht eintreten kann, steht andererseits nichts im Wege, den Schuldner g. F. durch eine einstweilige Verfügung zu schützen. Für den Inhalt derselben

1) Stein-Jonas: Kommentar zur ZPO. Vorbemerkung VI 5 von § 704 Anm. 117. (Vergl. dort die weitere Literatur und Rechtsprechung.)

2) Falkmann: Die Zwangsvollstreckung S. 338.

wird dann neben den Bestimmungen der §§ 935 ff. ZPO. ihr besonderer Zweck, damit ein Seitenstück für eine einstweilige Anordnung darzustellen, die Richtung weisen.

Die Möglichkeit des Erlasses einer einstweiligen Verfügung zur Hemmung der Zwangsvollstreckung weist Roquette [3]) beim Vorliegen einer Vereinbarung über Nichtvornahme von Vollstreckungshandlungen nach. Er führt aus, daß, wo ein Anspruch besteht, auch eine Sicherung desselben gemäß den §§ 916 ff. ZPO. erfolgen kann. Ein Anspruch auf Unterlassung kann als Individualanspruch nur im Wege der §§ 935, 940 ZPO. gesichert werden. Da der Anspruch auf Unterlassung, den ein etwa geschlossener Nichtvollstreckungsvertrag gewährt, in keiner Weise von anderen Unterlassungsansprüchen sich unterscheidet, so kann auch für ihn nach diesen Vorschriften eine Sicherung gestellt werden. Es muß also einstweilige Verfügungen auf Einstellung der Zwangsvollstreckung geben. Es handelt sich dabei um einen von der einstweiligen Anordnung völlig zu trennenden Tatbestand. Greift die einstweilige Verfügung dort Platz, wo die unbeschränkte vertragliche Vollstreckungsgegenklage gilt, so findet die einstweilige Anordnung der Vollstreckungseinstellung dort Anwendung, wo die beschränkte Vollstreckungsgegenklage des § 767 ZPO. herrscht.

Dem dringenden Bedürfnis, daß dem Schuldner in Fällen, in denen die Voraussetzungen für eine einstweilige Anordnung nicht gegeben sind, der Schuldner jedoch gerichtliche Hilfe gegen den zu Unrecht vollstrekkenden Gläubiger unbedingt braucht, durch Erlaß einer einstweiligen Verfügung gem. den §§ 935 ff. ZPO. geholfen werden muß, hat sich auch das Reichsgericht nicht verschlossen. Es hat ausgesprochen [4]), eine einstweilige Verfügung könne analog dem Arreste dahin erlassen werden, daß zur Sicherung des Anspruchs, zu dessen Schutz sie nachgesucht werde, der status quo aufrecht erhalten, also die Vollstreckung gehemmt werde. Das Reichsgericht stützt sich mit Recht darauf, daß die einstweilige Verfügung und die einstweilige Anordnung ganz verschiedenen Wesens sind, daß sie nicht auf die gleiche Stufe gestellt werden können. Die einen sind nicht ein Minus der anderen, sondern sie sind, wie sich schon aus den dagegen zugelassenen Rechtsbehelfen ergibt, durchaus verschieden.

Es fragt sich, ob zur Sicherung des dem im Hauptprozeß verurteilten Schuldner, evtl. bei Durchführung der ungerechtfertigten Vollstreckung durch den Gläubiger zustehenden Rückerstattungsanspruchs, der Erlaß einer einstweiligen Verfügung gemäß § 935 ZPO. möglich ist.

Die Anwendbarkeit des § 940 ZPO. ist in dieser Beziehung nicht gegeben, da sie ein Rechtsverhältnis von gewisser Dauer im Gegensatz zu einem Anspruch auf eine einmalige Leistung voraussetzt. In der Regel wird aber auch die Anwendung des § 935 ZPO. ausgeschlossen sein, da er lediglich die Sicherung eines Anspruchs auf eine Individualleistung bezweckt, während es sich beim Rückerstattungsanspruch um eine Geldforderung handelt, deren zukünftige Vollstreckung nur im Wege des Arrests sicher zu stellen ist.

3) Roquette: Vollstreckungsverträge in Z.Zpr. Band 49 S. 175.
4) RGZ. Bd. 61 S. 361 ff.

Das Oberlandesgericht Dresden[5]) hat zwar die Auffassung vertreten, daß der Schuldner, falls er seinen Anspruch auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung glaubhaft macht, eine einstweilige Verfügung erwirken kann, durch die dem Beklagten die Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung an den Gerichtsvollzieher zu dessen Aufbewahrung bis zum Ausgang des Prozesses aufgegeben wird. Da das Gericht beim Erlaß von einstweiligen Verfügungen nach freiem Ermessen zu bestimmen hat, welche Anordnungen zur Erreichung des Zwecks der Verfügung erforderlich sind, könne das Amtsgericht dem Antrag des Vollstreckungsschuldners in obiger Weise entsprechen.

Eine derartige einstweilige Verfügung ist jedoch m. E. unzulässig, denn sie sorgt nicht für die Verwirklichung des streitigen Anspruchs auf Herausgabe des Titels, sondern verhindert geradezu dessen Verwirklichung. Gemäß § 757 ZPO. hat der Gerichtsvollzieher nach vollzogener Vollstreckung den Titel nebst Quittung herauszugeben. Steht eine Zwangsvollstreckung des Gläubigers in Aussicht, so ist die Aussicht auf Erlangung des Vollstreckungstitels für den Schuldner keineswegs gefährdet und die einstweilige Verfügung auf Herausgabe an den Gerichtsvollzieher ist unbegründet. Wenn auch indirekt eine Sicherung gegen zukünftige Vollstrekkungsmaßnahmen des Gläubigers mit der Klage auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung bezweckt wird, so ist doch der unmittelbar durch die einstweilige Verfügung zu sichernde Klaganspruch nur die Herausgabe des Titels, welcher durch eine vom Gläubiger betriebene Vollstreckung nur beschleunigt wird.

3. Arrestpfändung der eigenen Schuld bei Nichtvollzug der Aufrechnung.

Wenn die Anwendbarkeit des § 935 ZPO. nicht durch besondere Umstände begründet ist, so kann der Vollstreckungsschuldner die Verwirklichung seiner eigenen Forderung gegen den Vollstreckungsgläubiger nur ohne Aufrechnung durch Arrest sichern.

Die Arrestpfändung der eigenen Schuld gewährt dem Beklagten alle erwünschte Sicherheit. Ein Recht zur Vorenthaltung der Urteilssumme aus der rechtskräftigen Entscheidung hat der Vollstreckungsschuldner nicht. Dieses Recht soll ihm erst durch die erbetene Anordnung gegeben werden. Zur Erwirkung eines Arrestes ist aber die Darlegung und Glaubhaftmachung eines Arrestgrundes erforderlich. Es genügt nicht der bloße Hinweis auf die Möglichkeit künftiger Zahlungsunfähigkeit des Vollstrekkungsgläubigers.

4. Einstellung der Vollstreckung gemäß § 775 Ziff. 4 ZPO.

Es ist noch zu prüfen, ob der Vollstreckungsschuldner eine Einstellung der Vollstreckung nach § 775 Ziff. 4 ZPO. erreichen kann.

Die Einstellung gemäß dieser Vorschrift erfolgt, wenn der Schuldner eine öffentliche oder eine vom Gläubiger ausgestellte private Urkunde vorlegt, aus welcher sich ergibt, daß der Gläubiger nach Erlaß des zu vollstreckenden Urteils befriedigt ist.

5) OLG. Dresden in Seufferts Archiv Band 66 S. 216.

Zwar wird von Stein-Jonas[6]) bestritten, daß unter „Befriedigung" im Sinne des § 775 Ziff. 4 ZPO. auch die Aufrechnung falle, aber es spricht nichts für diese Ansicht, da nach bürgerlichem Recht durch die Aufrechnung eine vollgültige Tilgung des Klaganspruchs eintritt.

Reese[7]) glaubt, eine Einstellungsmöglichkeit gemäß § 775 Ziff. 4 ZPO. dadurch schaffen zu können, daß der Vollstreckungsschuldner an demselben Tage, an dem das Urteil rechtskräftig geworden ist, der Gegenpartei durch den Gerichtsvollzieher eine beglaubigte Erklärung zugehen lasse, des Inhalts, daß er gegen die Urteilsforderung aufrechne. Mit der Zustellung dieser Erklärung sei der Gläubiger als wegen seiner Urteilsforderung befriedigt anzusehen (§ 388, § 389 BGB.). Dem trotzdem die Pfändung beginnenden Gerichtsvollzieher könnte man durch Vorlegung jener beglaubigten, mit Zustellungsurkunde versehenen Aufrechnungserklärung mit Erfolg Einhalt gebieten.

Das ist m. E. nicht zutreffend, denn durch die Beglaubigung der Aufrechnungserklärung steht lediglich diese Willenserklärung fest, dagegen kann das Bestehen einer aufrechenbaren Gegenforderung, d. h. die weitere wesentliche Voraussetzung für die zu beweisende Befriedigung des Gläubigers durchaus zweifelhaft bleiben. Aber selbst, wenn die Gegenforderung des Vollstreckungsschuldners bedenkenfrei bewiesen werden kann, so ist doch eine Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 775 Ziff. 4 ZPO. für den Schuldner wertlos, denn die Einstellung nach dieser Gesetzesbestimmung ist nur eine vorläufige, durch die dem Gläubiger Gelegenheit gegeben werden soll, seinen Antrag auf Zwangsvollstreckung zurückzunehmen. Eine weitergehende Wirkung tritt nicht ein. Zieht der Gläubiger seinen Zwangsvollstreckungsantrag nicht zurück, sondern verlangt er Durchführung der Vollstreckung, so muß der Gerichtsvollzieher dem Verlangen stattgeben. Hiergegen könnte der Schuldner sich dann nur durch die Klage aus § 767 ZPO. und eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 769 ZPO. schützen. Die Einstellung der Vollstreckung nach § 775 Ziff. 4 ZPO. ist für den Vollstreckungsschuldner allein von Bedeutung in Verbindung mit den §§ 767, 769 ZPO. Diese letzteren Rechtsbehelfe hat jedoch der Vollstreckungsschuldner bei Aufrechnung nach Rechtskraft, wie die h. L. annimmt, nicht.

Auch eine Aufhebung der Zwangsvollstreckung gemäß § 775 Ziff. 1 ZPO. nach Erlaß des Urteils in der negativen Feststellungsklage, kommt nicht in Frage[8]).

Nach § 775 Ziff. 1 ZPO. ist erforderlich eine Entscheidung, durch die entweder das Urteil selbst oder seine vorläufige Vollstreckbarkeit aufgehoben wird. Die rechtskräftige Feststellung in der negativen Feststellungsklage, daß der im Urteil zugesprochene Anspruch nachträglich untergegangen sei, ist jedoch keine Entscheidung, die das Urteil des Hauptprozesses, aus dem die Vollstreckung betrieben wird, selbst aufhebt[9]).

6) Stein-Jonas: Kommentar zur ZPO. § 775 II 4 Anm. 14.
7) Reese in der DJZ. 1902 S. 459.
8) RG. in JW. 03 S. 398.
9) Stein-Jonas: Kommentar zur ZPO. § 775 II 4 Anm. 14; RG. in JW. 03 S. 398 Nr. 6.

Zusammenfassend können wir also feststellen, daß bei Fehlen einer Vollstreckungsgegenklage der Vollstreckungsschuldner, trotz der durch Aufrechnung eingetretenen Tilgung des Urteilsanspruchs, schutzlos den Vollstreckungsmaßnahmen des Gläubigers ausgesetzt ist. Erst die Erlangung der vollstreckbaren Ausfertigung vom Gläubiger im Wege der Klage sichert den Vollstreckungsschuldner gegen Pfändungen von Seiten des Gläubigers.

Nur wenn die dringende Gefahr besteht, daß es dem Vollstreckungsschuldner nach Beendigung der gegen ihn vom Gläubiger durchgeführten Vollstreckung nicht gelingen wird, seine eigene Forderung gegen den Vollstreckungsgläubiger beizutreiben, weil dieser vorhandene Vermögenswerte verschleppt und verschleudert, kann der Vollstreckungsschuldner im Wege des Arrests seine eigene Schuld an den Vollstreckungsgläubiger pfänden. Die Forderung des Vollstreckungsschuldners gegen den Gläubiger kann aber nur dann zur Erwirkung des Arrestes dienen, falls der Vollstreckungsschuldner nicht aufrechnet und auch nicht bereits aufgerechnet hat.

§ 8. Rechtsbehelfe des Vollstreckungsschuldners bei Durchführung der Zwangsvollstreckung trotz vollzogener Tilgung der Urteilsforderung durch Aufrechnungserklärung:

1. Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812, 819 BGB.).

Welche Rechtsbehelfe hat der Vollstreckungsschuldner, falls der Gläubiger trotz der durch die Aufrechnungserklärung vollzogenen Tilgung der Urteilsschuld die Zwangsvollstreckung aus dem noch in seinen Händen befindlichen Vollstreckungstitel durchführt.

Gegen die Vollstreckung selbst kann sich der Schuldner vor Erlaß des Urteils auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung, wie wir feststellen mußten, nicht schützen, da eine Möglichkeit zur einstweiligen Abwendung der Zwangsvollstreckung nach der h. L. nicht vorhanden ist. Das durch die Aufrechnung eingetretene Erlöschen des materiellen Anspruchs berührt das Vollstreckungsrecht des Gläubigers nicht. In den Fällen eines nachträglichen Erlöschens der Urteilsforderung ist der Vollstreckungsschuldner grundsätzlich nur befugt, die Entziehung des Vollstreckungsrechts gemäß § 767 ZPO. zu verlangen. Kann von diesem Recht kein Gebrauch gemacht werden, so hat der Schuldner, der dem Gläubiger gegenüber nach Rechtskraft eindeutig die Aufrechnung erklärt hat, die Möglichkeit, alles was der Gläubiger in Ausübung seines formalen Vollstreckungsrechts erlangt hat, mit der Klage aus den §§ 812, 819 BGB. herauszuverlangen.

Das öffentliche Vollstreckungsrecht ist zwar durchaus selbständig, es ist aber gegeben zur Verwirklichung des Privatanspruchs [1]). Deshalb stellt das durch die Ausübung des Vollstreckungsrechts Erlangte eine ungerechtfertigte Bereicherung dar, wenn die Befriedigung des materiellen An-

1) Rosenberg: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts III. Aufl. Berlin 1931, § 176 Note III 2; Geib: Rechtschutzbegehren und Anspruchsbetätigung S. 113 ff.; Stein: Grundfragen S. 18 ff.

spruchs bereits eingetreten war. Der Vollstreckungsgläubiger, der die Gewißheit hat, daß infolge der Aufrechnungserklärung des Schuldners die Urteilsforderung materiell erloschen ist, und der trotzdem die Vollstreckung betreibt, kennt außerdem den Mangel des rechtlichen Grundes bei dem Empfang des Vollstreckungserlöses, und muß das aus dem Vermögen des Vollstreckungsschuldners Beigetriebene gemäß § 819 BGB. in voller Höhe herausgeben.

2. Klage aus unerlaubter Handlung (§ 826 BGB.).

Neben dem Ausgleichsanspruch aus § 812 BGB. hat der Vollstreckungsschuldner gegen den Gläubiger einen Anspruch auf Schadenersatz, falls die Voraussetzungen des § 826 BGB. vorliegen. Es taucht hier die umstrittene Frage auf, ob die Vollstreckungshandlung, die formell nicht beanstandet werden kann, da der Gläubiger einen ordnungsmäßigen Vollstreckungsanspruch hat, nach den Vorschriften des materiellen Rechts eine widerrechtliche Schadenszufügung darstellen kann.

Das Problem gleichzeitiger Rechtmäßig- und Rechtswidrigkeit ein und derselben Vollstreckungshandlung bietet für die rechtliche Konstruktion besondere Schwierigkeiten. Nach der besonders von Zitelmann[2]) und Goldschmidt[3]) vertretenen Ansicht ist ein solches Nebeneinanderstehen von Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit einer einzelnen Handlung nicht denkbar. Zitelmann begründet seine Auffassung damit, daß es für die Tatsache des Verbotenseins einer Handlung gleichgültig sein muß, in welchem Rechtsteile technisch betrachtet das Verbot erscheint. Bei der Einheit der gesamten Rechtsordnung müsse der Begriff der Rechtswidrigkeit ein einheitlicher sein. Es sei allerdings eine Frage für sich, ob nun das bürgerliche oder das öffentliche Recht Rechtsfolgen an die verbotene Handlung knüpfte. Dagegen sei der Ausschluß der Rechtswidrigkeit bei richtiger Ausdrucksweise des Gesetzes immer, zum mindesten jedenfalls dann für das ganze Recht wirksam, wenn er in Gestalt positiver Erlaubnis auftritt. Da die Befugnis dann stets auf einem Rechtssatz beruhe, so könne das Handeln des Inhabers der Erlaubnis nicht widerrechtlich sein, selbst wenn es einen andern verletze. Der erlaubende Rechtssatz, der jemandem die Befugnis zu handeln verleihe, enthalte eben damit die Anordnung, daß die Widerrechtlichkeit ausgeschlossen sei. Diese Anordnung müsse für alle Rechtsteile Kraft haben, denn die Rechtsordnung könne nicht mit sich selbst in Widerspruch stehen. Durch eine besondere positive Erlaubnis, so zu handeln, mache sie notwendig eine Ausnahme von jedem allgemeinen Verbot dieses Handelns.

Wenn in unserm Fall an das Vorliegen eines Titels, ohne Rücksicht auf das Vorliegen eines Privatanspruchs, die positive öffentlich-rechtliche Erlaubnis geknüpft ist, die Vollstreckung zu betreiben, so könnte nach der Ansicht Zitelmanns die Ausübung dieses Rechts unmöglich privatrechtlich widerrechtlich sein. Insoweit hätten die Motive zum Entwurf

2) Zitelmann: Ausschluß der Widerrechtlichkeit im Arch.ziv.Prax. Bd. 99 S. 1 ff.

3) Goldschmidt: Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb S. 9 ff.

eines BGB.[4]) Recht: wer wirklich ein Recht auf Zwangsvollstreckung hat, kann mit dessen Betreibung kein Delikt begehen.

Gegenüber dieser Annahme einer widerspruchslosen Einheit der gesamten Rechtsordnung und des Begriffs der Rechtswidrigkeit hat Hellwig[5]) an Hand seiner grundsätzlichen Anschauung vom Zivilprozeß eine zutreffende Erklärung für das Nebeneinanderstehen von Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit einer Vollstreckungshandlung gegeben.

Er geht bei der Lösung des Problems davon aus, daß eine scharfe Trennung des öffentlich-rechtlichen Vollstreckungsanspruchs und des privatrechtlichen Anspruchs des Gläubigers durchgeführt werden muß. Die Unterscheidung dieser beiden Tatbestände in dem Vollstreckungsbegehren hat ja Hellwig als erster vertreten.

Der Vollstreckungsanspruch, den der Gläubiger gegenüber dem Staat hat, ist eine Art des Rechtsschutzanspruchs. Er unterscheidet sich aber von dem Rechtsschutzanspruch des Klagrechts („Urteilsanspruch") dadurch, daß er nicht wie dieser materiell-rechtlich, sondern lediglich prozessual durch das Dasein eines Vollstreckungstitels bedingt ist, wenn er auch um des in der Verurteilung vorausgesetzten zivilen Anspruchs willen besteht[6]). Da der Vollstreckungsanspruch demzufolge ein rein formal bedingtes Recht darstellt, kann seine Ausübung materiell widerrechtlich sein.

Der Vollstreckungsanspruch findet seine Parallele in den abstrakten Schuldverträgen des bürgerlichen Rechts[7]).

Hat der Gläubiger die Gewißheit, daß der ihm im Urteil zugesprochene Anspruch nach Erlaß der Entscheidung des Gerichts getilgt ist, sei es durch Zahlung oder durch Aufrechnung, so begeht er eine unerlaubte Handlung, wenn er sein öffentliches Recht auf Vollstreckung, das er nur dem Staate gegenüber hat, bewußt zum Schaden des Schuldners mißbraucht.

Gegen die Zulassung einer Klage aus § 826 BGB. bei ungerechtfertigter Durchführung der Vollstreckung haben zahlreiche Schriftsteller[8]) grundsätzlich Stellung genommen. Sie behaupten, daß eine Klage aus § 826 BGB. selbst bei Erschleichung der günstigen Prozeßentscheidung deshalb nicht in Frage kommen könne, weil die ZPO. mit der Möglichkeit gerechnet habe, daß ein Urteil mittels unsittlicher und strafbarer Handlungen der Parteien erwirkt worden sei. Für diese Fälle habe der Gesetzgeber selbst bei den schwersten Verbrechen nicht etwa die Unbeachtlichkeit (Nichtigkeit) des Urteils, sondern nur die auf fünf Jahre beschränkte Möglichkeit seiner Aufhebung durch Restitutionsklage angeordnet (§ 580 ZPO.). Es sei daher ausgeschlossen, daß ein erst in dreißig Jahren verjährender Anspruch nach § 826 BGB. die Restitutionsklage bei minder schweren Handlungen entbehrlich machen könnte.

Die Restitution sei ein von der ZPO. höchst sparsam bemessenes letztes Auskunftsmittel, um der Gefahr eines durch Richterspruch bleibend ver-

---

4) Motive Band II S. 848.
5) Hellwig: Anspruch und Klagrecht S. 149, 492.
6) Hellwig: Klagrecht und Klagmöglichkeit.
7) Kohler: Gesammelte Beiträge zum Zivilprozeß 1894 S. 492.
8) Stein-Jonas: Kommentar zur ZPO. § 322 IX 2. (Vergl. dort die in Anm. 164 zitierte Literatur und Rechtsprechung.)

ursachten Unrechts zu begegnen. Mit vollem Bedacht habe der Gesetzgeber die Benutzung dieses letzten Mittels an die Wahrung einer verhältnismäßig sehr kurzen Ausschlußfrist gebunden. Was hätten aber diese Normen für einen Sinn, wenn dieser selbe Gesetzgeber im § 826 BGB. eine Bestimmung erlassen hätte, welche es den Parteien ermöglichte, den alten Streit, auch ohne daß die Voraussetzungen des Wiederaufnahmeverfahrens vorlägen, von neuem zu entfachen?

Daß ferner aus der materiell ungerechtfertigten Vollstreckung eines Urteils bei vorher eingetretener Tilgung des Anspruchs durch Aufrechnung des Vollstreckungsschuldners nicht ohne Weiteres ein Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB. entstehe, gehe deutlich auch daraus hervor, daß die ZPO. im § 302 Abs. 4 eine ausdrückliche Regelung der Ersatzpflicht habe treffen müssen.

Die Vertreter dieser Auffassung verkennen m. E., daß die Frage der Verantwortlichkeit für einen unberechtigten Eingriff in fremdes Eigentum ohne Rücksicht darauf, wodurch der Eingriff vollzogen wird, nicht dem Prozeß- sondern dem materiellen Rechte angehört. Die Frage nach der Entschädigungspflicht des die Vollstreckung zu Unrecht betreibenden Gläubigers ist in den Motiven zu den §§ 649, 650 ZPO. ausdrücklich als dem materiellen Rechte angehörig von der Regelung des Zivilprozeßrechtes ausgeschieden worden [9]).

Man kann gegen die Zulässigkeit eines Ersatzanspruchs aus § 826 BGB. bei bewußt ungerechtfertigter Vollstreckung nicht einwenden, daß eine ausdrückliche Regelung der Ersatzpflicht im Falle der Vollstreckung nach erlassenem Vorbehaltsurteil hat getroffen werden müssen, damit dem Vollstreckungsschuldner außerhalb der Vollstreckungsgegenklage gemäß § 302 Abs. 4 ZPO. sein Recht zukomme. Dieser Einwand kann deshalb nicht überzeugen, weil der Schadensersatzanspruch aus § 302 Abs. 4 Satz 3, 4 ZPO. im Falle der Aufhebung des Vorbehaltsurteils auf Grund der Aufrechnung des Beklagten von einem Verschulden des Klägers völlig unabhängig ist.

Das Reichsgericht [10]) vertritt die Mittelansicht, daß die bloße Geltendmachung eines als materiell unrichtig erkannten, aber einwandfrei erlangten Urteils nicht zur Grundlage einer Ersatzpflicht gemäß § 826 BGB. gemacht werden darf. Um beim Gläubiger, der von einem Urteil in Kenntnis seiner sachlichen Unrichtigkeit Gebrauch macht, eine nach § 826 BGB. zum Schadensersatz verpflichtende Handlung festzustellen, müsse hinzutreten, daß das Urteil durch Prozeßbetrug erschlichen worden sei. Das Reichsgericht [11]) hat eine Ersatzpflicht abgelehnt, wenn der Gläubiger ein Urteil trotz Kenntnis von seiner materiellen Unrichtigkeit zur Vollstreckung bringt, da der etwaige, durch die Vollstreckung eintretende benachteiligende Erfolg lediglich auf den Mangel einer zweckentsprechenden Verteidigung im Prozeß zurückzuführen, und als die gesetzlich notwendige Folge dieser selbstverschuldeten Unterlassung anzusehen sei. Von einer

9) Wolff: Der Ersatzanspruch wegen einer unrechtmäßigen Zwangsvollstreckung in Gruchot Band 38 S. 317.

10) RGZ. Bd. 61 S. 359 f.; Bd. 67 S. 153; Bd. 78 S. 389 ff.

11) RGZ. Bd. 67 S. 153; Bd. 75 S. 215; Bd. 80 S. 153.

vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung könne in einem solchen Falle daher nicht die Rede sein.

Die Begründung des Reichsgerichts erscheint mir nicht zutreffend. M. E. muß eine Pflicht des Vollstreckungsgläubigers, gemäß § 826 BGB. den Schaden zu ersetzen, erst recht angenommen werden, wenn der Gläubiger in dem nachweisbaren Bewußtsein, daß seine Forderung nach Rechtskraft des Urteils vom Schuldner durch Zahlung oder Aufrechnung ordnungsmäßig und vollständig befriedigt worden ist, die Vollstreckung aus dem gegenstandslosen Titel durchführt. In dem Falle des durch Prozeßbetrug erlangten Urteils könnte man zweifeln, ob nicht infolge der Rechtskraft der im Urteil zu Unrecht festgestellte Anspruch als zu Recht bestehend gilt (§ 322 Abs. 1 ZPO.), während im vorliegenden Fall die Urteilsschuld nachträglich zweifelsfrei erloschen ist. Bei nachträglicher Tilgung wird die Unantastbarkeit der Entstehung des rechtskräftigen Anspruchs des Vollstreckungsgläubigers vom Schuldner unbedingt anerkannt. Bedenken gegen den Schadensersatzanspruch wegen Widerspruchs mit dem Grundsatz der Rechtskraft der Entscheidung des Vorprozesses bestehen also in diesem Falle nicht.

Entgegen der Auffassung des Reichsgerichts kommen wir also zu dem Ergebnis, daß im Fall der Durchführung der Vollstreckung trotz Tilgung des materiellen Anspruchs des Vollstreckungsgläubigers durch Aufrechnung oder Zahlung, man nicht gestützt auf den Gegensatz zwischen formellem und materiellem Recht die Ersatzpflicht des Vollstreckungsgläubigers aus § 826 BGB. verneinen kann.

Wenn festgestelltermaßen dem Gläubiger gegen den Vollstreckungsschuldner kein Anspruch mehr zusteht und der Gläubiger nicht im Zweifel hierüber ist, so zielt er durch die Betreibung der Zwangsvollstreckung auf einen tatsächlich und nach seiner Kenntnis gerichtlich nicht verfolgbaren Anspruch ab. Hat der Gläubiger trotz des formalen Vollstreckungstitels auf die geforderte Summe keinen rechtmäßigen Anspruch, so ist die Erlangung derselben widerrechtlich. Dessen ist sich der Gläubiger bewußt, wenn er durch die Durchführung der Vollstreckung Geld vom Schuldner beitreibt, obwohl die Urteilsforderung durch die ihm persönlich gegenüber erfolgte Aufrechnungserklärung des Schuldners getilgt ist.

Es besteht kein Hindernis, den § 826 BGB. bei seinem ganz allgemeinen Wortlaut auch in dem Fall anzuwenden, wo das Urteil zwar ordnungsmäßig erlangt, die Urteilsschuld jedoch nachträglich getilgt ist, und denjenigen zum Schadensersatz zu verpflichten, der erwiesenermaßen einen zu Unrecht noch bestehenden Vollstreckungstitel zur zwangsweisen Beitreibung der ihm darin zuerkannten Beträge bewußt mißbraucht. Ein derartiger Mißbrauch kennzeichnet sich als vorsätzliche, gegen die guten Sitten verstoßende Zufügung eines Schadens. Die geflissentliche auf fremde Kosten und ohne haltbaren Grund geschehene Bereicherung muß als verwerflich und unsittlich auch dann angesehen werden, wenn in offenbarem Gegensatz zur wahren Sachlage durch das Vorliegen eines äußerlich unanfechtbaren Vollstreckungstitels der Schein von Rechtmäßigkeit hervorgerufen ist. Auch ein rechtskräftiger vollstreckungsreifer An-

spruch kann das Wesen eines rechtswidrigen Vermögensvorteils an sich tragen.

3. Vorbeugende Unterlassungsklage aus § 826 BGB. bei Androhung der Zwangsvollstreckung.

Bejaht man die Anwendbarkeit des § 826 BGB. für den Fall unberechtigter Zwangsvollstreckung nach vollzogener Aufrechnung, so hat der Schuldner fernerhin eine Klage auf Unterlassung der Zwangsvollstreckung. Es ist zwar in Wissenschaft und Praxis nicht unbestritten, ob aus einer unerlaubten Handlung überhaupt ein Anspruch auf Unterlassung erwachsen kann [12]). Das Reichsgericht hat in ständiger Rechtsprechung die Ansicht vertreten, daß eine Klage auf Unterlassung stets da zu gewähren ist, wo ein unerlaubtes Verhalten bereits verwirklicht wurde, aber weitere Eingriffe zu besorgen sind, wo also mit der Klage die Vollendung oder die Fortsetzung der verübten bzw. begonnenen Schädigung verhindert werden soll [13]). Der Auffassung des Reichsgerichts, die vielfach Billigung gefunden hat [14]), schließe ich mich an.

Es würde eine praktisch nicht befriedigende und grundsätzlich nicht gebotene Einschränkung des vorbeugenden Rechtsschutzes darstellen, wollte man die Klage auf Unterlassung erst dann gewähren, wenn ein drohender widerrechtlicher Eingriff vollständig verwirklicht ist. Die erweiterte vorbeugende Unterlassungsklage setzt allerdings ein dringendes Rechtsschutzbedürfnis voraus. Sie ist deshalb nur gegeben, wenn im Einzelfall der Schadensersatz für die begangene Handlung nicht ausreicht, das angegriffene Rechtsgut für die Zukunft gegen ernstlich drohende Beeinträchtigungen gleicher Art zu schützen und ein anderer gesetzlicher Schutz nicht gegeben ist. Letzten Endes muß stets das Rechtsschutzbedürfnis im einzelnen Fall für die Zulassung der vorbeugenden Unterlassungsklage maßgebend sein.

12) Oertmann: Unterlassungsansprüche aus unerlaubten Handlungen in der DJZ. 1904 S. 416 ff.; Lau: Der Unterlassungsanspruch aus den §§ 823 ff. BGB. in Gruchot 1903 S. 497 ff.; Eltzbacher: Die Unterlassungsklage, Berlin 1906; H. Lehmann: Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht, München 1906; Stephan: Die Unterlassungsklage, München 1908 S. 136 ff.; Rosenthal: Die Wiederholungsgefahr als Voraussetzung der Unterlassungsklage in der LZ. 1910 S. 588 ff.; Rosenthal: Das Anwendungsgebiet der Unterlassungsklage in der LZ. 1912 S. 608 ff.; Lesser: Die Unterlassungsklage bei unerlaubten Handlungen in Arch.bürgerl.Recht Band 138 S. 102 ff.; RGZ. Bd. 48 S. 114 ff., Bd. 60 S. 7 ff., Bd. 56 S. 271, Bd. 61 S. 369, Bd. 77 S. 219, Bd. 78 S. 210, Bd. 82 S. 59, Bd. 88 S. 130, Bd. 91 S. 256, Bd. 95 S. 273, Bd. 101 S. 335; OLG. Dresden in Rspr. Bd. 2 S. 482; OLG. Zelle in Rspr. Bd. 14 S. 430; OLG. Hamburg in Rspr. Bd. 20 S. 258; OLG. Frankfurt im Recht 1906 S. 1195; OLG. Dresden in der DJZ. 1907 S. 1091; OLG. Jena in Seuff.Arch. Bd. 65 Nr. 167.

13) RGZ. Bd. 48 S. 114; Bd. 60 S. 7; Bd. 77 S. 219; Bd. 88 S. 130; Bd. 101 S. 335.

14) Mannhardt: Der Unterlassungsanspruch bei den absoluten Rechten in der DJZ. 1903 S. 416 ff.; Planck: Kommentar zum BGB. Bem. 2 vor § 823; Markus im Recht 1901 S. 426; Fuld in Gruch. 1903 S. 373; Kohler in Goldammers Arch. Bd. 47 S. 154.

Unter diesem Gesichtspunkt kann in dem Falle ungerechtfertigter Zwangsvollstreckung auch schon die Drohung mit Vollstreckungsmaßnahmen für die Gewährung der Klage ausreichen, falls der Gläubiger durch die ihm gegenüber vollzogene Aufrechnungserklärung des Vollstreckungsschuldners die Gewißheit erlangt hat, daß seine Forderung erloschen ist. Es liegt dann seitens des Gläubigers bereits eine unerlaubte Handlung, nämlich ein Erpressungsversuch vor[15]), und es ist eine Fortsetzung des widerrechtlichen, gegen die guten Sitten verstoßenden Eingriffs in das Vermögen des Vollstreckungsschuldners ernstlich zu befürchten. Der eventuelle Ersatzanspruch des Schuldners reicht nicht aus, um den Schaden desselben wieder gut zu machen, der gerade auf dem Gebiet des Kredits und der Geschäftsehre durch eine zu Ende geführte Zwangsvollstreckung eintritt.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß dem Vollstreckungsschuldner eine Klage auf Unterlassung von Vollstreckungsmaßnahmen zusteht, sobald der Gläubiger im Bewußtsein der durch Aufrechnung eingetretenen Tilgung des materiellen Anspruchs die Vollstreckung aus dem gegenstandslosen Titel androht.

§ 9. Zusammenfassung der Gründe, welche die Zulassung der Vollstreckungsgegenklage auf Grund nach Rechtskraft vollzogener Aufrechnung notwendig erfordern.

Unsere Untersuchung hat zu dem Ergebnis geführt, daß die h. L., welche die Vollstreckungsgegenklage im Falle der Aufrechnung des Vollstreckungsschuldners nach Schluß der letzten mündlichen Verhandlung für unzulässig erachtet, den Schuldner auf den Umweg der Klage auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung oder der negativen Feststellungsklage oder der Klage auf Unterlassung der Zwangsvollstreckung verweisen muß, um zum gleichen Ergebnis, nämlich der Verhinderung ungerechtfertigter Vollstreckungsmaßnahmen zu gelangen. Das Ziel, das der Schuldner mit den verschiedenen Klagen erreicht, ist bei allen dasselbe.

Der einzige, für den Vollstreckungsschuldner allerdings wesentliche Unterschied der ihm nach den verschiedenen Auffassungen zustehenden Rechtsbehelfe ist der, daß ihm bei Unzulässigkeit der Vollstreckungsgegenklage und demzufolge Unmöglichkeit einer Einstellung der Zwangsvollstreckung nach Maßgabe des § 769 ZPO. kein Weg offensteht, eine Hemmung der Vollstreckung bis zum Erlaß des Urteils durchzusetzen. Vollstreckt jedoch der Gläubiger trotz Anhängigkeit der Klage auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung oder auf Feststellung des Nichtbestehens der Schuld wegen seiner Urteilsforderung, obwohl er weiß, daß dieselbe durch Aufrechnung erloschen ist, so steht dem Schuldner, wie oben festgestellt wurde, gemäß § 819 BGB. ein Anspruch auf Herausgabe des gesamten Vollstreckungserlöses und gemäß § 826 BGB. ein Anspruch auf vollen Ersatz des durch die Vollstreckung entstandenen Schadens zu.

Die unberechtigte Vermögensverschiebung wird demzufolge restlos rückgängig gemacht.

15) RGS. Bd. 26 S. 305; Bd. 34 S. 279 ff.

Die Befugnis des Vollstreckungsschuldners, sich gemäß den §§ 812, 819, 826 BGB. nach vollzogener Vollstreckung wegen des Ausgleichs an den Gläubiger zu halten, ist allerdings wertlos, wenn die Vermögensverhältnisse des zu Unrecht vollstreckenden Gläubigers schlecht sind, und er die Früchte seines Delikts verzehrt hat, bevor der Schuldner wegen seines Ersatzanspruchs gegen ihn vorgehen kann. In diesem Fall wäre der Vollstreckungsgläubiger vielleicht wegen vollendeter Erpressung strafbar[1]), der Schuldner wäre jedoch schutzlos dem unberechtigten Zugriff des Gläubigers auf sein Vermögen ausgesetzt, und die h. L. müßte ihn auf einen gegenstandslosen Ausgleichsanspruch verweisen. Das Privatrecht und das Zivilprozeßrecht würden also dem Schuldner jede Verteidigungsmöglichkeit gegen die Vollendung einer strafbaren Handlung versagen.

Wenn wir dieses Ergebnis ins Auge fassen, so können wir der Lehre, welche die Vollstreckungsgegenklage zwecks Vermeidung der Prozeßverschleppung ablehnen zu müssen glaubt, den Vorwurf des unbegründeten Formalismus nicht ersparen.

Weshalb soll dem Schuldner, der nach der letzten mündlichen Verhandlung seine Gegenforderung durch Aufrechnungserklärung gegen die Hauptforderung des Gläubigers zum Erlöschen bringt, die Möglichkeit verschlossen sein, die Vollstreckung der getilgten Urteilsschuld zu verhindern?

Es ist kein haltbarer Grund dafür ersichtlich, der es zwecks Vermeidung der Prozeßverschleppung notwendig erscheinen ließe, daß der Schuldner in einem neuen selbständigen Prozeß das herausklage, was der Gläubiger zu Unrecht aus seinem Vermögen einige Zeit vorher beigetrieben hat.

Wenn man zur Verteidigung der h. L. anführt, daß der Schuldner, der die Möglichkeit hatte, im Prozeß aufzurechnen, zur Strafe für dies sein Verhalten mit der Einwendung der Tilgung der Urteilsschuld durch Aufrechnung ausgeschlossen sei, so beachtet man nicht, daß die Funktion ein begangenes Unrecht zu ahnden dem Strafrecht, nicht dem Zivilprozeßrecht zukommt. Die Aufgabe des Letzteren ist vielmehr, eine wirtschaftlich gerechtfertigte und zweckmäßige Prozeßerledigung herbeizuführen. Außerdem muß in Abrede gestellt werden, daß der Schuldner, der erst nach Rechtskraft aufrechnet, stets eine prozessuale Benachteiligung verdiene Da der Vollstreckungsschuldner im Hauptprozeß durch seine Aufrechnungserklärung jederzeit die Abweisung der Klage herbeiführen kann, hat er zweifellos ein großes Interesse daran, die Aufrechnung so bald wie möglich zu erklären.

Falls er erst in der Vollstreckungsinstanz aufrechnet, wird er regelmäßig im Hauptprozeß die Abweisung der Klage aus anderen triftigen Gründen erwartet, und an eine Verurteilung so wenig gedacht haben, daß er es nicht einmal für erforderlich hielt, die Aufrechnung bedingt zu erklären[2]), oder aber der Schuldner wird das Bestehen einer ihm gegen

1) RGS. Bd. 34 S. 279 ff.

2) So auch RG. in der JW. 1893 S. 348; RG. in der JW. 1902 S. 76; OLG Frankfurt in der Jurist. Rundschau Bd. 29 S. 150.

den Kläger zustehenden aufrechenbaren Forderung erst nach Schluß der letzten mündlichen Verhandlung erfahren haben.

Die Bedenken, welche die h. L. gegen die Zulassung der Vollstreckungsgegenklage anführt, bestehen, wie unserer Untersuchung ergeben hat, nicht.

Bei genauer Auslegung des § 767 Abs. 2 ZPO. spricht dessen Wortlaut nicht für, sondern gegen die h. L.

Der Sinn des § 767 ZPO. spricht ebenfalls nicht gegen die Zulassung der Vollstreckungsgegenklage.

Die einschränkende Vorschrift des § 767 Abs. 2 ZPO. hat den Zweck, Einwendungen des rechtskräftig verurteilten Schuldners abzuschneiden, die den Gläubiger in seiner Rechtsverfolgung unbillig benachteiligen, weil sie bereits im Prozeß hätten vorgebracht werden können und müssen. Von einer unbilligen Benachteiligung des Gläubigers kann jedoch nicht die Rede sein, wenn der Vollstreckungsschuldner unter Tilgung seiner eigenen Gegenforderung den materiellen Anspruch des Gläubigers durch Aufrechnung zum Erlöschen bringt. Bei Vorliegen der Aufrechnungsvoraussetzungen hat der Schuldner eben kraft Gesetzes neben der Möglichkeit der Zahlung der Urteilsschuld eine zweite ebenbürtige Tilgungsmöglichkeit durch Aufrechnungserklärung.

Aufrechnung ist indirekte Zahlung und Erfüllungssurrogat. Der Schuldner leistet daher in Gemäßheit des Urteils.

Eie Benachteiligung des Gläubigers kann nicht eintreten, denn der Gläubiger behält insoweit seine Vollstreckungsbefugnis, als die zur Aufrechnung gebrachte Forderung des Schuldners den Betrag nicht erreicht, den die Hauptforderung des Gläubigers samt den Zinsen und Kosten der Rechtsverfolgung ausmachen.

Auch das Bestreben, Prozeßverschleppungen zu verhindern, kann nicht dazu führen, daß die Stützung einer Klage aus § 767 ZPO. auf eine nach Rechtskraft vollzogene Aufrechnung für unzulässig erachtet wird. Die h. L. muß die Vollstreckungsgegenklage folgerichtig auch dann ablehnen, wenn die Verspätung der Aufrechnungserklärung durchaus entschuldbar ist, und wenn die Gegenforderung, mit der aufgerechnet wird, völlig entscheidungsreif und durch einwandfreie Belege bewiesen ist.

Wie will man aber den Sinn des § 767 ZPO. im letzteren Fall mit diesem Ergebnis in Einklang bringen?

Führt man als Hauptgrund gegen die Zulassung einer Vollstreckungsgegenklage auf Grund nach Rechtskraft vollzogener Aufrechnung ins Feld, daß der Beklagte daran gehindert werden müsse, durch eine verzögerte Aufrechnungserklärung den Prozeß zu verschleppen, so trifft bei Liquidität der Gegenforderung das Gegenteil zu, denn die Verweigerung der Vollstreckungsgegenklage hätte ihrerseits eine durch nichts gerechtfertigte Hinausschiebung der endgültigen Entscheidung zur Folge. Eine Verschleppung des Prozesses ist doch zweifellos dann nicht gegeben, wenn die Einwendung sich ohne Weiteres als spruchreif darstellt. Der Gläubiger ist durch diese Entscheidung auch keineswegs beschwert, da er infolge der bedenkenfreien Entscheidungsreife der Gegenforderung kein

schutzwürdiges Interesse an einer Verzögerung der Entscheidung haben kann.

Man wird einwenden, daß zwar im Falle der Liquidität der Gegenforderung des Schuldners Bedenken gegen die Zulassung einer Vollstreckungsgegenklage nicht bestehen, daß jedoch gerade im Regelfall der Schuldner durch Aufrechnung mit einer fingierten oder doch mindestens äußerst zweifelhaften Gegenforderung die Vollstreckung der berechtigten Urteilsschuld hinauszuschieben geneigt sein wird.

Aber dieses Argument, auf das sich die h. L. stützen könnte, schlägt m. E. nicht durch.

Hat der Gläubiger ein rechtskräftiges Urteil erlangt, und erhebt der Schuldner Vollstreckungsgegenklage aufgrund nach Rechtskraft vollzogener Aufrechnung, so hat die Erhebung dieser Klage noch keinerlei Einfluß auf den weiteren Fortgang der Vollstreckung ins Vermögen des Schuldners. Die Vollstreckungsgegenklage für sich allein nützt demnach den Schuldner nichts.

Will er die Vollstreckung hemmen, so muß er versuchen, im Wege der Einstellung der Zwangsvollstreckung durch eine einstweilige Anordnung gemäß § 769 ZPO. zu seinem Ziele zu gelangen.

Eine einstweilige Anordnung auf Einstellung der Zwangsvollstreckung wird vom Richter nach freiem Ermessen erlassen. Die Aussichten der Vollstreckungsgegenklage, die weiterhin zu erheben ist, um zu einer endgültigen Regelung zu gelangen, müssen eine wesentliche Grundlage für den Erlaß bilden. Niemals darf die Zwangsvollstreckung bei offenbarer Aussichtslosigkeit der Vollstreckungsgegenklage aufgeschoben werden. Damit eine einstweilige Anordnung bis zum Erlaß des Urteils in der Vollstreckungsgegenklage ergehe, muß der Schuldner glaubhaft machen, daß Tatsachen vorliegen, welche seinen Antrag begründen. Eine Tatsache ist glaubhaft, wenn der Richter sie subjektiv, nach seiner pflichtmäßigen Ueberzeugung für wahrscheinlich hält. Das wird er im Falle der Behauptung einer durch Aufrechnung vollzogenen Tilgung der Urteilsschuld nur dann tun, wenn der Schuldner durch Vorlegung von einwandfreien Belegen das Bestehen einer aufrechenbaren Gegenforderung darlegt. Wenn jemand rechtskräftig verurteilt worden ist, so spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, daß ihm keine aufrechenbare Forderung gegen den Kläger zusteht, da er sonst sicherlich durch Aufrechnung seine Verurteilung verhindert hätte. Das Gericht wird also mit dem Erlaß einer einstweiligen Anordnung in diesem Falle besonders vorsichtig und zurückhaltend sein, da verhindert werden muß, daß böswillige Schuldner dem Kläger in der Vollstreckungsinstanz fingierte Gegenforderungen entgegensetzen, so daß dadurch Verschleppungen der Vollstreckung und Beunruhigungen des Vollstreckungsgläubigers zu besorgen wären. Selbst einem gewandten Schuldner darf es nicht gelingen, durch eine einstweilige Anordnung einen ungerechtfertigten Aufschub oder eine ungerechtfertigte Beschränkung der Vollstreckung zu erlangen.

Die besonders strengen Anforderungen an die Glaubhaftmachung des Bestehens einer aufrechenbaren Gegenforderung werden den unbehinderten Fortgang der Vollstreckung sichern, sobald begründete Zweifel

an der behaupteten Tilgung der Urteilsforderung zu Tage treten. Gelingt dem Vollstreckungsschuldner die Glaubhaftmachung nicht, so wird die einstweilige Einstellung der Vollstreckung vom Gericht abgelehnt, und der Gläubiger wird durch die Anhängigkeit der Vollstreckungsgegenklage in keiner Weise behindert, die Urteilsforderung vom Schuldner beizutreiben.

Die von der h. L. behauptete Gefahr einer Zerstörung der Energie der Vollstreckung besteht demnach nicht.

Wir haben somit festgestellt, daß weder der Wortlaut, noch der Sinn und Zweck des § 767 ZPO., noch das Wesen der Aufrechnung als Gestaltungsrecht, noch das Erfordernis einer schneidigen Vollstreckung der Zulässigkeit einer Vollstreckungsgegenklage wegen einer erst nach Schluß der letzten mündlichen Verhandlung erfolgten Aufrechnung entgegenstehen. Ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers an der Verweisung des Schuldners auf den Weg der Klage auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung oder auf Unterlassung der Vollstreckung oder der negativen Feststellungsklage ist nicht vorhanden. Auf der anderen Seite hat der Schuldner ein dringendes Interesse daran, gegen eine seinen Kredit und sein wirtschaftliches Ansehen schwer schädigende, materiell ungerechtfertigte Vollstreckung geschützt zu werden.

Weder das Privat- noch das Prozeßrecht dürfen sich diesem Rechtsschutzbedürfnis aus formalistischen Gründen verschließen.

Deshalb ist entgegen der h. L. im Falle einer nach Rechtskraft vollzogenen Aufrechnung die Erhebung einer Vollstreckungsgegenklage für zulässig zu erachten, selbst wenn die Möglichkeit der Aufrechnung bereits vor dem nach § 767 Abs. 2 ZPO. maßgebenden Zeitpunkt bestand.

LEBENSLAUF

Am 6. Mai 1909 bin ich als Sohn des Oberkellners Fritz Daub und seiner Ehefrau Babette geb. Brunner in Gießen (Hessen) geboren. Von 1919 bis 1928 besuchte ich die Oberrealschule in Marburg/Lahn, die ich Ostern 1928 mit dem Zeugnis der Reife verließ. In Marburg und München studierte ich Rechtswissenschaft. Im November 1931 bestand ich vor der Prüfungskommisson des Oberlandesgerichts in Kassel die erste juristische Prüfung mit dem Prädikat „gut". Nach meiner Ernennung zum Referendar war ich am Amtsgericht in Frankenberg und am Landgericht in Marburg im juristischen Vorbereitungsdienst beschäftigt.

Die Doktorprüfung bestand ich am 25. September 1932 ebenfalls mit dem Prädikat „gut".